Jurisprudência e Ementário / Jurisprudence and Abridgement of Law

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
PROCESSO: AI 842865 – AgR
Relator: LUIZ FUX
JULGAMENTO: 22/05/2012

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS. DANOS CAUSADOS. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. INTERPRETAÇÃO DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. 1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo os óbices das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 2. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes: RE 596.682, Rel. Min. Carlos Britto, Dje de 21/10/10, e o AI 808.361, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje de 08/09/10. 3. In casu, o acórdão recorrido assentou: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. CORRETA A INFORMAÇÃO ACERCA DOS RISCOS E POTENCIAIS DANOS QUE O CONSUMO DE BEBIDAS ALCÓOLICAS CAUSA À SAÚDE. INSCRIÇÃO NECESSÁRIA NOS RÓTULOS DE BEBIDAS ALCÓOLICAS. 1. É possível e exigível do Judiciário, impor determinada conduta ao fornecedor, sem que esta esteja expressamente prevista em lei, desde que afinada com as políticas públicas diretamente decorrentes do texto constitucional e do princípio da plena informação ao consumidor (art. 6º, II, III e IV, da Lei 8.078/90, pois traduz-se em dever do Estado, do qual o Judiciário é poder, de acordo com o art. 196 da Constituição. 2. O consumo de alcoólicos não interessa só à comunicação social, propaganda e ao comércio de tais produtos, interessa sob o aspecto da saúde pública, da proteção do menor e do adolescente, da segurança veicular, do direito de informação e de proteção ao consumidor. 3. O comando do art. 9º, do Código do Consumidor, indica os direitos básicos do consumidor à informação adequada e clara sobre o produto e sobre os riscos que apresenta, sobretudo, tratando-se de produto potencialmente nocivo à saúde, cuja informação deve ser feita de maneira ostensiva, a despeito da previsão do art. 4º, § 2º da Lei 9.294/96 determinar que os rótulos de bebidas alcoólicas conterão advertência para que os consumidores evitem o consumo excessivo de álcool. 4. Inocorre preclusão de matéria que

diz com as condições da ação, caso da legitimidade, sobretudo nas ações civis públicas onde se perseguem direitos difusos, cujo interesse depreende-se da propriedade, das relações privativas em geral, o que, in casu, revelou-se pelo interesse demonstrado pela embargante, tantas vezes reiterado de defender a posição dos associados que são fabricantes de bebidas, tese da co-ré União. 5. Condenada a ré União a exigir na rotulagem de todas as bebidas alcoólicas produzidas ou comercializadas no território pátrio, do teor alcoólico e do alerta em expressão gráfica adequada, de que 'O ÁLCOOL PODE CAUSAR DEPENDÊNCIA E EM EXCESSO É PRJUDICIAL À SAÚDE' e a ABRABE a expedir esta informação a todas as suas associadas e comunicar aos produtores de alcoólicos, quanto à necessária adequação. 6. Provido o recurso." 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
PROCESSO: RE 634578 – AgR
RELATOR: JOAQUIM BARBOSA
JULGAMENTO: 08/05/2012

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. SERVIÇOS DE SAÚDE DIFERENCIADOS PRESTADOS AO SERVIDOR PÚBLICO. COMPULSORIEDADE. CARACTERIZAÇÃO COMO TRIBUTO. IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAR A CONSTITUCIONALIDADE DA EXAÇÃO SE ELA FOR CARACTERIZADA COMO FACULTATIVA COMO PRETENDE O AGRAVANTE. A adesão aos serviços diferenciados de saúde é determinante para caracterização da cobrança como tributo ou como preço público. Os parâmetros constitucionais de controle permaneceram inalterados nos períodos anterior e subsequente à EC 41. Se a oferta do sistema era facultativa, a exigência de contraprestação era cabível já antes da alteração do regime constitucional que versou exclusivamente sobre previdência social do servidor público. Se os agravantes de fato pretendem receber o tratamento diferenciado mediante o pagamento de contraprestação, essa circunstância deve ser levada a tempo e modo próprios aos agravados, para as medidas cabíveis.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
PROCESSO: RE 668724 AgR
RELATOR: LUIZ FUX
JULGAMENTO: 24/04/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. IMPRESCINDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. ART. 323 DO RISTF C.C. ART. 102, III, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). 2. Consectariamente, se inexiste questão

constitucional, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da CF). 3. Deveras, entendimento diverso do adotado pelo Tribunal *a quo*, concluindo que o fornecimento de fraldas descartáveis à ora recorrida seria, ou não, imprescindível à sua saúde, ensejaria o reexame do contexto fático-probatório engendrado nos autos, o que inviabiliza o extraordinário, a teor do Enunciado da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal, verbis: "para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário". 4. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: "APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO FRALDAS DESCARTÁVEIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO E DO ESTADO. DESCAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AUSÊNCIA DE RECURSOS DA AUTORA. COMPROVAÇÃO. 1. Qualquer dos entes políticos da federação tem o dever na promoção, prevenção e recuperação da saúde. 2. A ausência da inclusão de fraldas geriátricas nas listas prévias, quer no âmbito municipal, quer estadual, não pode obstaculizar o seu fornecimento por qualquer dos entes federados, desde que demonstrada a imprescindibilidade para a manutenção da saúde do cidadão, pois é direito de todos e dever do Estado promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, quando desprovido o cidadão de meios próprios. 3. É direito de todos e dever do Estado promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como fornecimento de medicamentos, acompanhamento médico e cirúrgico, quando não possuir o cidadão meios próprios para adquiri-los. 4. Comprovada a carência de recursos da autora para arcar com o tratamento, compete ao Estado fornecer os produtos imprescindíveis a sua saúde. Apelações desprovidas." 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PROCESSO: AgRg no REsp 1268853/RS
RELATOR: HERMAN BENJAMIN
JULGAMENTO: 26/06/2012

DIREITO PÚBLICO SANITÁRIO. FEDERALISMO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. HOSPITAL PARTICULAR. SERVIÇOS PRESTADOS SEM A GERAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR (AIH). ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO.

1. O Superior Tribunal de Justiça assentou que o entendimento de que, incumbindo aos Estados e aos Municípios a gestão dos recursos a eles destinados para os serviços de saúde, bem como o controle da emissão das chamadas autorizações de internação hospitalar (AIHs), os referidos entes serão os legítimos para responder pela remuneração dos serviços de saúde prestados em sua localidade, sendo, pois, a Justiça Estadual a competente para o julgamento de tais ações. 2. Reconhecimento da ilegitimidade passiva ad causam da União. 3. Agravo Regimental não provido.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PROCESSO: REsp 823.559/MG
RELATOR: MAURO CAMPBELL MARQUES
JULGAMENTO: 21/06/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. ANÁLISE DE DIREITO LOCAL. SÚMULA 280/STF. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IRREGULARIDADES NA ADMINISTRAÇÃO DE ENTIDADE HOSPITALAR CONVENIADA AO SUS. VERBAS DE NATUREZA PRIVADA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO CONFIGURADA NO CASO CONCRETO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ (ART. 17, II, V E VI, DO CPC). REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO-COMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, NÃO PROVIDO. 1. Inexiste violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes. 2 Para a configuração do questionamento prévio, não é necessário que haja menção expressa do dispositivo infraconstitucional tido como violado. Todavia, é imprescindível que no aresto recorrido a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente, sob pena de não-preenchimento do requisito do prequestionamento, indispensável para o conhecimento do recurso especial. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ. 3. A análise da questão relacionada à preliminar de incompetência do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais foi analisada exclusivamente sob o enfoque de interpretação de norma local (Constituição Estadual de Minas Gerais), insuscetível de análise em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 280/STF. 4. No caso dos autos, é possível afirmar que a Corte *a quo*, ao analisar a controvérsia relacionada à legitimidade do Ministério Público, para ajuizar ação cautelar e ação civil por improbidade administrativa em face de supostas irregularidades praticadas na gestão administrativa da entidade hospitalar, expressamente consignou que: a) a Santa Casa de Misericórdia de Juiz de Fora é uma entidade privada que presta serviços médicos, a qual não está adstrita ao controle de cunho administrativo por órgãos públicos; b) o vínculo jurídico entre a Santa Casa de Misericórdia e a administração pública, representada pelo Ministério da Saúde, consiste em contrato bilateral de prestação de serviços médicos às pessoas carentes por meio do Sistema Único de Saúde, no qual o pagamento por verba pública está condicionado à demonstração dos procedimentos e atendimento médicos efetivamente realizados pela entidade; c) os recursos patrimoniais adquiridos pela instituição, tanto os originados da contraprestação prestada ao SUS quanto os decorrentes da atividade privada, podem ser

geridos livremente pelos administradores, sem a submissão ao controle estatal em atos de gestão da entidade; d) a eventual utilização de valores provenientes do SUS na malversação da Santa Casa de Misericórdia somente teria ocorrido após o ingresso dos valores na esfera privada da instituição; e) a análise da documentação e peças apresentadas pelas partes indica que não é objeto da medida cautelar, tampouco da ação civil por ato de improbidade administrativa, "uma suposta destinação alegadamente indevida que teria sido dada a "subvenções e auxílios", ou a participações no capital social da entidade privada (Santa Casa) em questão, mas apenas os valores por ela recebidos a título de "contraprestação de serviços" por ela previamente prestados e, antes do pagamento, devidamente auditado pelo próprio Gestor Pleno do SUS, que só depois procede aos pagamentos (sendo que a prestação dos serviços, em si, jamais foi objeto de qualquer questionamento judicial nos presentes autos e nos de origem)." (fl. 534). 5. O Tribunal de origem fundou o seu entendimento nas provas produzidas e peças processuais apresentadas pelas partes e concluiu que, no caso concreto, o único objeto das ações ajuizadas pelo Ministério Público Estadual estaria limitado ao valores decorrentes da contraprestação de serviços médicos pela entidade hospitalar. O próprio recorrente reconhece em suas razões de recurso especial, ainda que indiretamente, a sua ilegitimidade para investigar a destinação de tais verbas (fl. 924). Por outro lado, as alegações do recorrente no sentido de que a referida entidade se beneficia de "incentivos fiscais" e exerce "atividade de nítido interesse social", por si só, não autoriza o reconhecimento da legitimidade ativa do Parquet Estadual, porque tais premissas expressamente foram afastadas no aresto impugnado como alvo das demandas ajuizadas em primeiro grau de jurisdição. 6. Assim, é manifesto que a análise da pretensão recursal, com a consequente reversão do entendimento exposto no julgado impugnado, exigiria, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 7. É importante consignar que, no presente julgamento, em nenhum momento, está sendo questionada a legitimidade do Ministério Público para fiscalizar e ajuizar medidas judiciais relacionadas ao Sistema Único de Saúde. Entretanto, diante das premissas fáticas firmadas no aresto recorrido, não é possível, em sede de recurso especial, a revisão da conclusão exposta pelo Tribunal *a quo*. 8. No hipótese examinada, a Corte de origem, com base nos fatos e provas produzidas nos autos, descreveu minuciosamente condutas praticadas por membros do Ministério Público Estadual, que configuraram atos de litigância de má-fé, especificamente "alterar a verdade dos fatos", "proceder de modo temerário" no processo e provocar "incidente manifestamente infundado", respectivamente previstos no art. 17, II, V e VI, do Código de Processo Civil. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a reversão da imposição de sanções processuais, fixadas em decorrência do acervo probatório contido nos autos e detalhadamente descritas pelo Tribunal de origem, não é possível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 9. O recurso especial fundado na divergência

jurisprudencial exige a observância do contido nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, § 1º, a, e § 2º, do RISTJ, sob pena de não conhecimento do recurso. A ausência de indicação do dispositivo legal sobre o qual teria havido interpretação divergente entre os julgados confrontados atrai a incidência da Súmula 284/STF, em razão da deficiência na fundamentação do recurso especial.10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PROCESSO: AgRg no REsp 1231484/RS
RELATOR: HUMBERTO MARTINS
JULGAMENTO: 19/06/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. ADMINISTRATIVO. FRALDAS GERIÁTRICAS. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. 1. Embora tenha o recurso como fundamento as alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional e alegue violação do art. 2º da Lei n. 8.080/90, a recorrente traz argumentos de ordem eminentemente constitucional. Inviável o exame do pleito da recorrente, sob pena de se analisar matéria cuja competência está afeta à Excelsa Corte, ex vi do art. 102 da Constituição Federal. 2. Não há que se considerar notória a divergência jurisprudencial, uma vez que o caso dos autos pleiteia dos entes federativos o fornecimento de fraldas geriátricas, enquanto que os arestos paradigmas tratam de fornecimento de medicamentos. Ausência de similitude fática. 3. Modificar o entendimento do acórdão, a fim de equiparar a necessidade das fraldas geriátricas a medicamentos tutelados pelo Estado, demandaria reexaminar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido. Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PROCESSO: AgRg na SLS 1.570/RS
RELATOR: ARI PARGENDLER
JULGAMENTO: 14/06/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. BLOQUEIO DE VALORES. CONTINUIDADE DE TRATAMENTO DE SAÚDE. INEXISTÊNCIA DE GRAVE LESÃO AOS INTERESSES TUTELADOS PELA LEI Nº 8.437, DE 1992. Não há jurisdição sem efetividade (o Judiciário é inútil acaso não tiver força para fazer cumprir suas decisões). Se a Advocacia-Geral da União, que é a interface da Administração Pública com o Poder Judiciário, não tem meios para fazer cumprir um acórdão proferido por tribunal regional federal, nem propõe uma alternativa de solução (v.g., indicando uma conta do Tesouro Nacional com recursos disponíveis), deve ela responder com o seu orçamento pelo desvio de conduta da entidade que representa em Juízo. Agravo regimental não provido.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PROCESSO: REsp 723.964/PR
RELATOR: CASTRO MEIRA
JULGAMENTO: 17/05/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. PARTICIPAÇÃO POPULAR. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11, II, DA LEI Nº 8.429/92. RETARDAMENTO INDEVIDO DE ATO DE OFÍCIO. NÃO CONFIGURADO. ATRASO JUSTIFICADO PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. 1. O Ministério Público do Estado do Paraná ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa durante os anos de 1993 e 1996, em desfavor do recorrido, então Prefeito do município, por ter deixado de nomear os membros do Conselho Municipal de Saúde, órgão destinado a promover a participação comunitária na gestão do Sistema Único de Saúde-SUS e criado no âmbito municipal pela Lei nº 1.436/91, logo ao assumir o mandato eletivo. 2. O Parquet alega ofensa ao art. 11, II, da Lei nº 8.429/92, uma vez que a demora na nomeação dos membros do Conselho Municipal de Saúde constituiria, por si só, conduta atentatória aos princípios da administração pública, independentemente de dano patrimonial e do dolo específico do agente, daí porque estaria configurado ato de improbidade administrativa a justificar a procedência da demanda. 3. A caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo lato sensu ou genérico. Precedente da Primeira Seção. 4. No caso vertente, a Corte de origem não qualificou o ato como ímprobo na medida em que o elemento subjetivo da conduta exigido - dolo genérico - não estaria presente, uma vez que o atraso na indicação dos membros do Conselho Municipal de Saúde encontrar-se-ia devidamente justificado pela necessidade de serem tomadas medidas urgentes no campo da saúde após a posse da nova administração, havendo fundado receio de que os trâmites burocráticos acabariam por embaraçar a adoção imediata dessas providências, sem contar a inexistência de previsão legal de prazo para que fossem promovidas as referidas nomeações. 5. Sabendo-se que os contornos fático-probatórios da demanda estabelecidos pelo Tribunal *a quo* não são suscetíveis de alteração, em respeito ao enunciado da Súmula 07/STJ, e dado que a orientação do aresto questionado encontra-se em sintonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, torna-se impositiva a rejeição do apelo nobre. 6. Recurso especial não provido.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PROCESSO: AgRg no REsp 955.388/RJ
RELATOR: BENEDITO GONÇALVES
JULGAMENTO: 15/05/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA. DIREITO A TRATAMENTO DE SAÚDE ADEQUADO. JULGAMENTO ULTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. Caso em que o autor, portador de esquizofrenia crônica, propôs

ação objetivando a condenação do ente público (Estado do Rio de Janeiro) ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento da cita enfermidade. 2. O juiz monocrático reconheceu a obrigação de fazer do Estado do Rio de Janeiro, consistente no fornecimento dos medicamentos pleiteados na inicial, bem como os que venham a ser necessários no curso do tratamento, "enquanto deles necessitar, mediante receita médica atualizada" (fl. 52). 3. Assim, inexiste, in casu, julgamento "extra petita", uma vez que o bem jurídico tutelado na presente ação é a saúde, buscando-se com a prestação jurisdicional o fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento da doença, e não a concessão de um determinado medicamento. 4. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que "a decisão que, ante a pretensão genérica do pedido, defere tratamento com os medicamentos consectários, não incide no vício in procedendo do julgamento ultra ou extra petita." (REsp 625329/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3.8.2004, DJ 23.8.2004). No mesmo sentido: AgRg no Ag 865.880/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12/06/2007, DJ 09/08/2007; AgRg no REsp 654.580/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 16/08/2005, DJ 17/10/2005; AgRg no REsp 1118442/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe 29/04/2010; AgRg no REsp 908.616/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 30/04/2007. 5. Agravo regimental não provido.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PROCESSO: AgRg no REsp 1287739/PE
RELATOR: FRANCISCO FALCÃO
ACÓRDÃO: NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
JULGAMENTO: 08/05/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. ADMINISTRATIVO. INTERDIÇÃO DE DIREITO APLICADA PELA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE - ANS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DA PENALIDADE. NÃO INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO REGULAR CONTRA A PESSOA SANCIONADA E DE PRAZO DE DURAÇÃO DA SANÇÃO. OFENSA AO ART. 2o. DA LEI 9.784/99. RECURSO PROVIDO, SEM PREJUÍZO DE ULTERIOR PROCESSO ADMINISTRATIVO, OBSERVADA A GARANTIA DO DUE PROCESS OF LAW, DE HIERARQUIA CONSTITUCIONAL. 1. O excepcional poder sancionador da Administração Pública, por representar uma exceção ao monopólio jurisdicional do Judiciário, somente pode ser exercido em situações peculiares e dentro dos estritos limites da legalidade formal, não havendo, nessa seara específica do Direito Administrativo (Direito Sancionador), a possibilidade de atuação administrativa discricionária, na qual vigora a avaliação de oportunidade, conveniência e motivação, pelo próprio agente público, quanto à emissão e ao conteúdo do ato. 2. Somente a Lei, em razão do princípio da estrita adstrição da Administração à legalidade, pode instituir sanção restritiva de direitos subjetivos; neste caso, a reprimenda imposta ao recorrente pela Agência Nacional de Saúde-ANS não se acha prevista em Lei, mas apenas em ato administrativo de hierarquia

inferior (Resolução Normativa 11/2002-ANS), desprovido daquela potestade que o sistema atribui somente à norma legal. 3. É condição de validade jurídica da sanção administrativa que a pessoa sancionada tenha sido convocada para integrar o processo do qual resultou o seu apenamento, em atenção à garantia do due process of Law, porquanto os atos administrativos que independem da sua observância são somente os que se referem ao exercício do poder-dever executório da Administração, não os que veiculam sanção de qualquer espécie ou natureza. 4. Recurso provido, mas sem prejuízo da instauração ulterior de processo administrativo regular, com o estrito atendimento das exigências próprias da atividade sancionadora do Poder Público.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PROCESSO: AgRg no AREsp 88.118/PA
RELATOR: HUMBERTO MARTINS
JULGAMENTO: 19/04/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. PROCESSUAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERESSE RECURSAL. TRATAMENTO ADEQUADO SOB A ÓTICA DO RECORRENTE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. 1. Verifica-se, da análise das razões recursais que, ainda que seja afastada a aplicação da Súmula 182/STJ ao caso dos autos, não assiste razão ao agravante quanto ao mérito da controvérsia. 2. Discute-se nestes autos o tratamento que vem recebendo cidadão que sofre de problemas psíquicos e comportamentais, e que vive em condições precárias de saúde e acomodação na casa de seus pais. O Ministério Público pleiteia a internação e o tratamento adequado ao cidadão, providenciado pelo Estado. 3. O Tribunal de origem entendeu pela ausência de interesse processual do Ministério Público, uma vez que os pedidos de internação do paciente tem sido atendidos, mas sem resultado, devido às repetidas fugas do paciente. 4. Modificar o acórdão recorrido, como pretende o recorrente, no sentido de entender pela presença de interesse processual, uma vez que o tratamento que o Estado vem concedendo ao cidadão não é "adequado", demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte em vista do óbice da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PROCESSO: AgRg no Ag 1409629/RS
RELATOR: BENEDITO GONÇALVES
JULGAMENTO: 10/04/2012

DIREITO SANITÁRIO AMBIENTAL. ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. DERRAMAMENTO DE ÓLEO EM RIOS E RIACHOS. ARTIGO 19 DA LEI N. 9.605/1998 NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULA N. 282 DO STF. PRETENSÃO RECURSAL CUJA ANÁLISE DEPENDE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO E DO EXAME DE LEGISLAÇÃO LOCAL. SÚMULAS N. 7 DO STJ E N. 280 DO STF. O ARTIGO 14 DA LEI N. 6.938/1981 QUE NÃO POSSUI

FORÇA NORMATIVA PARA INDUZIR A REFORMA DO QUE FORA DECIDIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA N. 284 DO STF. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC INEXISTENTE. 1. O recurso especial que se quer admitido foi interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, diante de "auto de infração que demonstra suficientemente o cometimento da degradação ambiental pelo vazamento de óleo vegetal nas águas de rios e riachos provocando danos ao ecossistema", reconheceu a "inexistência de ilegalidade na apuração e aplicação da pena administrativa", a qual fora "aplicada com base no art. 72, inciso 'II', da Lei Federal n.º 9.605/1998, atendidas as condicionantes do art. 6º, gravidade do fato e suas consequências para a saúde e para o meio ambiente (inciso I) e situação econômica do infrator (inciso III)". 2. Não há violação do art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem julga a matéria, de forma clara, coerente e fundamentada, pronunciando-se, suficientemente, sobre os pontos que entendeu relevantes para a solução da controvérsia. 3. O artigo 14 da Lei n. 6.938/1981 estabelece que, "sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...]". Esse dispositivo não serve para a pretensão a ele vinculada, porquanto não ilide a competência da municipalidade para a aplicação da multa, mas, ao contrário da alegação recursal, a reforça. Vale anotar, portanto, que o referido dispositivo não tem força normativa suficiente para induzir a reforma da decisão do Tribunal de origem, de tal sorte que a pretensão recursal, nessa parte, encontra óbice no entendimento jurisprudencial contido na Súmula n. 284 do STF. 4. A análise de eventual incompetência de órgão ou entidade municipal para a aplicação de multas ambientais ensejaria a análise de legislação local, o que não é adequado em sede de recurso especial (Súmula n. 280 do STF). 5. Quanto à alegação de violação dos artigos 6º e 19 da Lei n. 9.605/1998 combinado com o art. 41 do Decreto n. 3.179/1999, a tese recursal não foi objeto de debate no Tribunal de origem, restando ausente o seu prequestionamento (Súmula n. 282 do STF). 6. O recurso especial não é a via adequada ao reexame fático-probatório, de tal sorte que, diante do teor do acórdão recorrido, não há como se revisar a gradação da penalidade, em observância à gravidade do fato, aos antecedentes do infrator e à sua situação econômica (Súmula n. 7 do STJ). 7. Agravo regimental não provido.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL PRIMEIRA REGIÃO
PROCESSO: AGA 0026253-40.2012.4.01.0000/DF
RELATOR: JOSÉ AMILCAR MACHADO
ÓRGÃO JULGADOR: SEXTA TURMA
PUBLICAÇÃO: 24/07/2012

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. 1. Em que pese o direito à saúde, por cuja garantia responde o plano a que aderiu e paga, certo é que não pode o agravante escolher o local que melhor lhe convém, se existem outros credenciados e aptos a lhe prestarem o atendimento devido.

2. Na espécie, imperioso reconhecer, não está em jogo o direito à vida e à saúde do agravante, posto que asseguradas pelo plano em outras clínicas, mas, ao que parece, sua conveniência e comodidade em continuar o tratamento em local onde já está habituado. 3. Agravo regimental desprovido.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL PRIMEIRA REGIÃO
PROCESSO: AC 2009.30.00.000384-0/AC
RELATOR: SOUZA PRUDENTE
ÓRGÃO JULGADOR: QUINTA TURMA
PUBLICAÇÃO: 15/06/2012

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. VIGILÂNCIA SANITÁRIA.CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VENDA NÃO AUTORIZADA DE LANCHES PELO DCE NO CAMPUS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO ACRE. PROTEÇÃO À SAÚDE. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPOSIÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. SENTENÇA CONFIRMADA. I - Apregoa a Constituição da República, em vigor, que "o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (CF, art. 127, caput), arrolando, entre suas funções institucionais, a de "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (CF, art. 129, III). Nessa linha de determinação, o Ministério Público Federal tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando salvaguardar o direito à saúde de toda a coletividade que trabalha, estuda ou visita as dependências da UFAC. Preliminares de ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público Federal e inadequação da via eleita, que se rejeitam. II - "O Codex Processual, entre outras medidas coercitivas, atribuiu ao juiz a faculdade de impor multa cominatória (astreinte) em desfavor do devedor (ainda que se trate da Fazenda Pública), tendo por escopo inibir o descumprimento das obrigações de fazer ou não fazer (fungíveis ou infungíveis) ou de entregar coisa, sendo certo que a aludida pena pecuniária incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância" (REsp 1069441 / PE, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 17/12/2010). III - Apelação e remessa oficial desprovidas.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL PRIMEIRA REGIÃO
PROCESSO: AG 0075588-62.2011.4.01.0000/MG
RELATOR: JIRAIR ARAM MEGUERIAN
ÓRGÃO: SEXTA TURMA
PUBLICAÇÃO: 28/05/2012

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. I - Sendo o Sistema Único de Saúde composto

pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, qualquer um deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demandas que objetivem assegurar, à população carente, o acesso a medicamento e a tratamentos médicos. II - Inadmissível condicionar a fruição de direito fundamental e inadiável à discussão acerca da parcela de responsabilidade de cada ente da Federação em arcar com os custos de tratamento médico cujo fornecimento fora determinado por meio de decisão judicial. III - "A demora excessiva e injustificada do poder público à realização de direitos fundamentais justifica a intervenção do Estado-juiz para impor obrigação de fazer, não se devendo falar, em violação do princípio da separação dos poderes." (AC 2005.38.00.003646-4/MG, Rel. Desembargador Federal Fagundes De Deus, Conv. Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (conv)). IV - É dever do Estado, assim entendido União, Estado, Município e Distrito Federal, o fornecimento de medicamento à pessoa carente (precedentes). V - Não há necessidade de prévia autorização da ANVISA, quando o medicamento solicitado é indicado e recomendado pelo médico assistente, especialista, com base em estudos técnicos pertinentes. VI - Agravo de instrumento a que se dá provimento.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL SEGUNDA REGIÃO
PROCESSO: 2010.02.01.006113-8 - CLASSE: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 188327
RELATOR: GUILHERME DIEFENTHAELER
RELATOR ACORDÃO: RICARDO PERLINGEIRO
ORGÃO JULGADOR: QUINTA TURMA ESPECIALIZADA
JULGAMENTO: 14/02/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. FILA PARA TRATAMENTO MÉDICO-CIRÚRGICO. 1. É papel do Poder Judiciário delimitar o núcleo duro dos direitos fundamentais, apontando quais produtos ou serviços de saúde são essenciais. Nesse contexto, o direito à saúde é judicialmente exigível da Administração, não apenas por omissão administrativa (em que o dever de prestação está prevista em lei), mas também por omissão legislativa, sempre que a essencialidade da prestação (mínimo existencial) estiver demonstrada. Porém, com efeito, o fenômeno da judicialização da saúde pública nem sempre diz respeito à jurisdição constitucional, porque grande parte dos conflitos referentes à oferta de produtos ou serviços de saúde se relaciona com a efetivação, pela Administração, de políticas de saúde já existentes em lei (STF, Segunda Turma, AI 734487 AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ. 20.08.2010). 2. A •reserva do possível– (unter dem Vorbehalt des Möglichen), segundo um precedente do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE 33, 303), diz respeito a direitos de beneficiar-se de prestações do Estado já existentes, dos denominados direitos fundamentais derivados (grundrechtliche Verbürgung der Teilhabe), como por exemplo, os de participar de vagas existentes em universidades, e que se pode razoavelmente exigir da sociedade, ou seja, dentro dos recursos orçamentários. Isso não se confunde com os direitos fundamentais

originários, que obrigam o legislador a criar prestações ainda não existentes. Nesse contexto, a falta de orçamento público não obsta a exigibilidade judicial do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Contudo, tratando-se de prestações de saúde vinculadas à lei (direitos fundamentais derivados), a reserva do possível deve ser observada, nos limites do orçamento, mas, neste caso, compete à Administração comprovar - e não apenas alegar - que o orçamento não comporta a satisfação da pretensão do demandante. 3. O princípio da igualdade a ser observado pela Administração não serve de justificativa para negar direitos subjetivos. Realmente, conceder a um cidadão um direito que também poderia ser estendido a todos os que estivessem na mesma situação, sem efetivamente estendê-lo, rompe com a ideia de igualdade. Porém, o erro está na Administração não estender esse benefício e não no Judiciário reconhecer o direito. 4. Não pode o Estado alegar a necessidade de observância de fila para a entrega do tratamento médico. Obviamente que não se pretende salvar a vida de alguém mediante o sacrifício de outrem. O deferimento da medida ora pleiteada não implica necessariamente prejuízo a outros beneficiários do SUS, competindo à Administração cumprir a decisão (prestação de fazer, internação hospitalar) mediante recursos não afetados a serviço público essencial. A impossibilidade material do cumprimento de decisões judiciais deve ser demonstrada concretamente pela Administração, observado o devido processo legal. 5. Dado provimento ao Agravo de instrumento. Decisão

Por maioria, a Quinta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2a Regiao deu provimento ao agravo de instrumento, na forma do voto do Juiz Federal Convocado Ricardo Perlingeiro, vencido o Relator que negava provimento ao agravo de instrumento. Por unanimidade, determinou-se o encaminhamento de cópias ao Ministério Público Federal para fins de apreciação da solução da questão, não sendo acolhido o requerimento do Ministério Público Federal.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL SEGUNDA REGIÃO
PROCESSO: 2010.50.01.015620-4 - CLASSE: APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 537193
ORGÃO JULGADOR: SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA
RELATOR: JOSE ANTONIO LISBOA NEIVA
JULGAMENTO: 21/03/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. RESPEITO À FILA ADMINISTRATIVAMENTE ORGANIZADA. 1. A jurisprudência é assente no sentido de que a saúde é um dever político-constitucional do Estado (gênero), que adota um sistema único de saúde (CF, art. 198), e, por tal motivo, o Estado Maior responde solidariamente com as pessoas políticas que o compõem nas atividades voltadas a assegurar tal direito fundamental, dentre elas, o fornecimento gratuito de medicamentos e congêneres e tratamentos cirúrgicos a pessoas desprovidas de recursos financeiros, para a cura, controle ou atenuação de enfermidades. 2. O direito à saúde implica para o Poder Público o dever inescusável de adotar todas as providências necessárias e

indispensáveis para a sua promoção. Nesse contexto jurídico, se o Poder Público negligencia no atendimento de seu dever, cumpre ao Poder Judiciário intervir, num verdadeiro controle judicial de política pública, para conferir efetividade ao correspondente preceito constitucional. 3. Todavia, o acesso ao referido direito deve ser compatibilizado com o princípio da isonomia, de forma a não garantir privilégios àqueles que procuram o Judiciário em detrimento dos que aguardam pela cirurgia de acordo com a fila administrativamente estabelecida. Assim, não cabe ao Judiciário administrar hospitais, estabelecendo prioridades de natureza médica. Precedentes. 4. Agravo retido conhecido e desprovido. Remessa necessária e apelação parcialmente providas. Decisão. A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo retido e deu parcial provimento ao recurso e à remessa necessária, nos termos do voto do(a) Relator(a).

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL TERCEIRA REGIÃO
PROCESSO: 0000257-63.2005.4.03.6100 - CLASSE: AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1170186
RELATOR: RUBENS CALIXTO
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA
JULGAMENTO: 19/07/2012

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO REGIONAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL. MAJORAÇÃO DOS VALORES PAGOS PELOS PLANOS DE SAÚDE A REFERIDOS PROFISSIONAIS. ILEGITIMIDADE ATIVA QUE ORA SE RECONHECE. 1. Conselhos são pessoas jurídicas de direito público, autarquias, criadas por lei para exercerem o controle e fiscalização de profissionais de dada categoria jurídica, atribuições que apenas os que detêm parcela do jus imperii, e personalidade de direito público podem executar. 2. As atribuições do Conselho são de natureza pública e dizem respeito à fiscalização e controle do exercício da profissão de fisioterapeuta e terapeutas ocupacionais, nada dispondo a Lei acerca de outras competências. 3. Ao pugnar pela majoração dos valores pagos pelos planos de saúde aos profissionais indicados, o Conselho extrapola de suas funções porquanto utiliza ação coletiva para defender interesse individual de cada profissional. 4. Apelação que se nega provimento.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL TERCEIRA REGIÃO
PROCESSO: 0011177-17.2010.4.03.6102 - CLASSE: APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 1731655
RELATOR: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA
JULGAMENTO: 19/07/2012

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO REGIONAL DE NUTRIÇÃO - INSCRIÇÃO - REGISTRO - RESTAURANTE COMERCIAL - DESNECESSIDADE - MANUTENÇÃO DE PROFISSIONAL TÉCNICO RESPONSÁVEL - MULTA AFASTADA. I - A

Lei nº 6.583, de 20 de outubro de 1978, criou o Conselho Federal e os Regionais de Nutricionistas com finalidade de orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de nutricionista, estabelecendo o registro obrigatório das empresas que estejam ligadas à nutrição, na forma estabelecida em regulamento, bem como autorizando a cobrança de anuidade devida ao Conselho Regional da respectiva jurisdição da sede de funcionamento da empresa. II - Alimentação não se confunde com nutrição. De acordo com a Portaria nº 710/99 do Ministério da Saúde, alimentação é o processo biológico e cultural que se traduz na escolha, preparação e consumo de um ou vários alimentos, ao passo que nutrição vem a ser o estado fisiológico que resulta do consumo e utilização biológica de energia e nutrientes em nível celular. III - O registro de pessoa jurídica dá-se de acordo com a atividade básica exercida ou do serviço prestado a terceiro, conforme preceitua a Lei nº 6.839/80. O comércio de alimentos em restaurantes, que tem natureza eminentemente comercial, não pode ser interpretado como atividade ou função específica da nutrição. IV - O Decreto nº 84.444/80 inovou o ordenamento jurídico ao estabelecer a obrigatoriedade de inscrição no Conselho Regional de Nutricionistas das empresas que exploram serviços de alimentação em órgãos públicos ou privados, violando o princípio da legalidade. V - Não se sustenta a obrigatoriedade do registro da pessoa jurídica em função da Lei nº 8.234/91, que apenas regulamenta a profissão da pessoa natural do Nutricionista, estabelecendo suas atividades privativas. VI - O termo de fiscalização lavrado pelo Conselho indica que o restaurante possui profissional técnico da Nutrição, o que reforça a ilegalidade da multa aplicada. VII - Apelação e remessa oficial improvidas."

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL TERCEIRA REGIÃO
PROCESSO: 0038827-12.2010.4.03.0000 - CLASSE: SUEXSE - SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA - 2926
RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE
ÓRGÃO JULGADOR: GABINETE DO PRESIDENTE
JULGAMENTO: 25/07/2012

DIREITO SANITÁRIO AMBIENTAL. QUEIMA DA CANA. ARARAQUARA. PEDIDO DEFERIDO COM LIMITAÇÃO TEMPORAL. SAFRA DE 2011. AGRAVOS INTERPOSTOS PELO ESTADO DE SÃO PAULO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. I - Rejeito a preliminar de não conhecimento do incidente - suscitada pelo Ministério Público Federal -, em razão da existência de expressa disposição legal autorizando o manejo da suspensão de execução de sentença na presente hipótese (art. 4º, § 1º, da Lei nº 8.437/92). II - O Estado de São Paulo, em seu pedido inaugural, apresenta alegações genéricas de risco à ordem pública, sem demonstrar como a sentença poderia vir a prejudicar o exercício da sua atividade administrativa. Diante disto, o pedido de suspensão não pode ser acolhido, uma vez que é dever da entidade pública que requer a suspensão, demonstrar de maneira concreta e cabal a existência das hipóteses previstas no art. 15, caput, da Lei nº 12.016/09. O pleito não pode ser atendido com base em risco meramente hipotético ou com fundamento em alegações genéricas

de possível lesão à Administração Pública ou à coletividade. III - As alegações de que os efeitos da sentença "rompem o aparato administrativo previsto em lei válida no ordenamento jurídico", e de que as Leis Estaduais que regulam a queima são constitucionais, não podem ser conhecidas no âmbito do presente incidente, uma vez que neste é incabível qualquer juízo acerca do direito ou do mérito da ação principal. IV - Improcede também a tese de que a sentença teria violado a ordem administrativa "por retirar do Estado uma competência que lhe cabia". Isso porque, o mérito da ação originária - ao lado da exigência de EIA/RIMA - consiste exatamente em definir o órgão competente para o licenciamento ambiental. Ora, se a sentença diz que o Estado não é competente para realizar o licenciamento, e o Estado vem - em sede de suspensão de segurança - a defender que possui tal competência, torna-se inegável a intenção de utilizar o incidente de suspensão com finalidade recursal, objetivando nova discussão acerca do direito aplicável ao caso. V - Não se encontra, também, configurado o risco à economia pública. A alegação de que a decisão poderá gerar desemprego em massa é hipotética, não se ajustando ao discurso empregado na inicial. Caso seja impossível realizar a queima como técnica agrícola, o sistema de colheita que muitos produtores utilizarão será o do corte manual da cana crua, que exige maior número de trabalhadores para que seja realizada. Assim, sem que haja alto grau de certeza de que o desemprego pode vir a ocorrer, não há como conceder a suspensão com base nesta alegação. VI - No tocante à eventual perda de arrecadação em impostos, observo que o requerente não traz estimativa sobre qual seria o impacto nos cofres públicos em razão da decisão atacada, limitando-se a afirmar que haverá grande redução da receita tributária. VII - Não há prova concreta de que a decisão proferida na ação civil pública poderá causar grave risco à economia pública, por aumentar os custos de produção da cana. Em vista dos dados disponibilizados pelo requerente não é possível, tecnicamente, dizer se o setor canavieiro terá prejuízo, ou se haverá apenas redução da margem de lucro, tendo em vista que a colheita da cana crua poderá ser realizada, ainda que por meio mais caro e dificultoso. VIII - Por outro lado, seria extremamente injusto sacrificar a população local - que não optou pelo uso da queima como método de produção, e que não recebe os lucros advindos atividade - para manter os custos de produção. Isto significa que quem desenvolve uma atividade organizada não pode transferir os ônus de seu negócio para a população, nem expor a perigo a saúde e a vida de terceiros. Logo, considerando-se que a queima da cana traz diversos males comprovados - riscos à saúde e à vida de trabalhadores e moradores, e prejuízo ao meio ambiente - é a empresa da cana que deve suportar os custos necessários para tornar sua produção segura e sadia para a população. IX - Quanto à existência de leis estabelecendo prazos para redução e eliminação da queima, observo que a lei ordinária e aos atos do Poder Executivo não podem estabelecer prazo para que direitos fundamentais imprescindíveis sejam respeitados. Se a própria Constituição garante, com aplicabilidade imediata, que todo cidadão terá direito à vida, à saúde, e a um meio ambiente equilibrado, o

respeito a estas garantias não poderá ser postergado. X - Ainda que se alegue que a queima aumenta a produtividade e a renda dos trabalhadores, não será a manutenção da prática que trará uma vida melhor a estes empregados. A queima, ao revés, pode trazer graves consequências para o trabalhador: risco de câncer, de problemas respiratórios e cardíacos, envelhecimento precoce, e até o risco de morte súbita. Logo, pouca valia teria para o trabalhador obter de imediato um ganho maior, se daqui a alguns anos vier a desenvolver uma doença gravíssima como câncer, ou se vier a ficar extremamente debilitado em sua saúde. Um dos passos para que estes trabalhadores tenham uma vida mais digna e segura envolve tornar seu ambiente de trabalho menos insalubre e mais adequado para suas atividades. XI - A hipótese é de periculum in mora inverso, ante a possibilidade de grave risco à saúde, à vida e ao meio ambiente, no caso de deferimento do pedido de suspensão. A queima da cana gera uma série de problemas de saúde na população, de natureza respiratória e cardiovascular, sem contar os casos registrados de morte súbita dos trabalhadores rurais e o risco de acidentes com o fogo (queimaduras graves e carbonização de pessoas durante o processo de queima). O meio ambiente, por sua vez, também sofre os efeitos maléficos da queima. XII - É necessário dizer que o plantio da cana de açúcar, e seu emprego na produção de combustíveis pode gerar efeitos positivos para a sociedade e para o meio ambiente, até mesmo reduzindo parte da emissão de gases do efeito estufa e de material particulado, ao substituir combustíveis fósseis e, principalmente, o diesel. Contudo, para que seus efeitos sejam, de fato, benéficos para a coletividade é necessário que seja eliminada a queima de seu processo produtivo, já que não teria sentido aumentar a emissão de poluentes e prejudicar a saúde das populações que residem próximas às plantações para criar um produto que visa exatamente reduzir a quantidade de poluição no meio ambiente. XIII - Já no tocante à existência ou não do dever legal de apresentação de estudo prévio de impacto ambiental - EIA/RIMA - para que se possa realizar a queima da cana, penso que a questão constitui matéria de mérito da ação civil pública subjacente, cujo debate é inviável no presente incidente de suspensão de execução. XIV - De outro lado, não se justifica a concessão da suspensão - inicialmente deferida em relação à safra de 2011 - para novos anos. Os efeitos decorrentes da queima da cana são graves, e a ação civil pública originária também foi proposta, inegavelmente, com a finalidade de atender ao interesse público. Assim, não se justifica a concessão da contracautela para suspender uma decisão que possivelmente trará benefícios para a população local. XV - O recurso do Ministério Público Federal deve ser julgado prejudicado, porque a decisão agravada só deferiu o pedido de suspensão em relação à safra de 2011, a qual já se encerrou. Dessa forma, não mais subsistiria interesse do Parquet em obter a reforma da decisão agravada, tendo em vista que o pedido de suspensão foi indeferido relativamente às safras posteriores a 2011. XVI - Agravo do Estado de São Paulo improvido. Rejeitada a preliminar arguida pelo MPF. Prejudicado, no mérito, o agravo interposto pelo Parquet Federal.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL TERCEIRA REGIÃO
PROCESSO: 0000966-44.2005.4.03.6118 - CLASSE: APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 1650615
RELATOR: CARLOS MUTA
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA
JULGAMENTO: 05/07/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. LEI 10.858/2004. PROGRAMA FARMÁCIA POPULAR. MEDICAMENTOS A PREÇO DE CUSTO. CONSTITUCIONALIDADE. DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO. 1. A Lei 10.858/2004 não padece de inconstitucionalidade, ao prever fornecimento de medicamentos básicos e essenciais a baixo custo, pois não se confunde tal programa, de acessibilidade, com o de gratuidade, acesso universal e atendimento integral do sistema único de saúde - SUS. 2. O fornecimento gratuito de medicamentos no SUS é dirigido, de forma preferencial, à população carente e sem recursos, e deixar o Estado de cobrar de quem pode pagar - e, no caso, o valor cobrado não é o de mercado, mas apenas o custo de produção - acarretaria ônus injustificável ao orçamento público porque em detrimento dos efetivamente necessitados. 3. Nem se diga que a Lei 10.858/2004, ao prever o ressarcimento dos custos de produção, não permite a cobrança por parte dos usuários, já que estes são os destinatários do programa, que não previu gratuidade de produtos básicos e essenciais à saúde, mas acesso facilitado pelo baixo custo, logo, por evidente, com ônus limitado à população. 4. Precedente específico da Turma. 5. Apelação e remessa oficial desprovidas.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL TERCEIRA REGIÃO
PROCESSO: 0028074-97.2008.4.03.6100 - CLASSE: AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1573658
RELATOR: LUIZ STEFANINI
ÓRGÃO JULGADOR: QUINTA TURMA
JULGAMENTO: 25/06/2012

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. MILITAR. TRATAMENTO MÉDICO DE QUIMIOTERAPIA. INSTITUIÇÕES NÃO CONVENIADAS PELO HOSPITAL DA AERONÁUTICA. REEMBOLSO. VERBA HONORÁRIA. JUSTIÇA GRATUITA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A prova testemunhal requerida, no intuito de demonstrar-se que o Hospital da Aeronáutica e seus conveniados não dispunham de condições mínimas para atendimento de pacientes portadores de neoplasia, e de realização de prova pericial, caso necessário, não se justificam, porquanto possível depreender, da própria documentação acostada aos autos, a resposta ao questionamento formulado pelo autor, no sentido de que a ré possuía rede conveniada para o tratamento da patologia contraída. 2. Matéria preliminar a que se rejeita. 3. O Estatuto dos Militares - Lei nº 6.880/80 -, no artigo 50, inciso IV, alínea e, assegura o direito do militar à assistência médico-hospitalar para si e seus dependentes, assim entendida como o conjunto de atividades relacionadas

com a prevenção, conservação ou recuperação da saúde, abrangendo serviços profissionais médicos, farmacêuticos e odontológicos, bem como o fornecimento, a aplicação de meios e os cuidados e demais atos médicos e paramédicos necessários. 4. Conquanto, em regra, a assistência médica deva ser prestada preferencialmente em organização militar, afigura-se possível o tratamento em instituições do meio civil, fora das Forças Armadas, em hipóteses excepcionais, em que presente a ausência de infra-estrutura ou recursos técnicos necessários ao tratamento, e de urgência comprovada. Inteligência do Decreto nº 95.512/86 e da Portaria nº 696/GM6. 5. Não obstante as alegações trazidas pelo autor, o relatório médico da Clínica de Urologia do Hospital de Aeronáutica, acostado aos autos pela União, dá conta do acompanhamento do paciente pela entidade desde 1997 e demonstra que mais de uma opção de tratamento para o câncer foi oferecida ("Prostatectomia Radical, Radioterapia Conformacional entre outras"), sem que houvesse adoção por um dos procedimentos. Verifica-se do relatório, outrossim, que a SARAM - Subdiretoria de Aplicação dos Recursos para Assistência Médico Hospitalar dispõe, em São Paulo, de uma série de serviços especializados no tratamento da patologia apresentada pelo autor, tais como "São Paulo Oncologia Clínica", "SEPACO", "Hospital Metropolitano" e "Hospital São Paulo", optando o autor, contudo, por entidade hospitalar não conveniada. 6. Cotejo entre os fatos aduzidos pelo autor e os argumentos expendidos pela ré em que não se observa omissão por parte do ente público no dever de prestação de assistência médica hospitalar, inferindo-se que a opção pelos estabelecimentos médicos citados - Hospital Albert Einsten, Hospital do Câncer e Centro Paulista de Oncologia - partiu do paciente, evidentemente em razão da excelência do serviço prestado, mas que não possui o condão de responsabilizar o ente público pelos valores despendidos. 7. Indevida a condenação do autor no tocante à verba honorária, em razão dos benefícios da justiça gratuita conferidos. 8. Apelação a que se dá parcial provimento, para afastar a condenação do autor em verba honorária.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL TERCEIRA REGIÃO
PROCESSO: 0000596-58.2011.4.03.6117 - CLASSE: APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 1698200
RELATOR: CARLOS MUTA
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA
JULGAMENTO: 10/05/2012

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. RESPONSABILIDADE TÉCNICA. FARMACÊUTICO EM DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. INEXIGIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. 1. Caso em que não houve omissão no julgamento, assentando a Turma, explicitamente, que "a jurisprudência ainda hoje vigente, mesmo considerando os fundamentos deduzidos pela agravante, confirma-se no sentido de afastar a exigência de contratação de responsável

técnico farmacêutico em dispensário de medicamentos de unidades hospitalares, como a do caso concreto. A peculiaridade com que operam tais dispensários, sem manipulação de fórmulas, ou fornecimento de medicamentos ao público em geral, mas tão-somente a pacientes diretamente assistidos por médicos em unidades hospitalares, respalda a atualidade da jurisprudência, em prejuízo da extensa argumentação do Conselho Regional de Farmácia. Não se pode acolher a alegação de violação ao princípio da isonomia, da proporcionalidade ou ao direito universal à saúde, nem a de que seria absurdo a aplicação de tal súmula de jurisprudência consolidada, pois evidenciada sua compatibilidade com a própria Lei 5.991/73, ao referir-se ao dispensário de medicamentos como setor de fornecimento de medicamentos de pequena unidade hospitalar, distinguindo situações jurídicas mediante critério objetivo e sem qualquer ofensa à garantia universal da saúde, vez que preservada a assistência médica na prescrição medicamentosa para público restrito em âmbito hospitalar específico, sem risco à dignidade da pessoa humana, conforme reconhecido pela jurisprudência". 2. Não se acolheu, como exposto, a inconstitucionalidade da Súmula 140/TFR, a impedir sua recepção, em face dos artigos 1º, III, e 3º, III e IV, da Carta Federal, vez que a jurisprudência sumulada, ao contrário, dispôs sobre a situação específica de dispensários de medicamentos em determinadas unidades hospitalares, conferindo-lhes tratamento proporcional diante dos princípios do acesso à saúde e isonomia, não podendo o interesse na defesa do exercício da profissão sobrepor-se a tais princípios. 3. Evidente, pois, que se cuidou de excepcionar, com base na jurisprudência e na própria legislação, a exigência em que fundada a autuação, sendo exposto, claramente, que a assistência técnica e o registro profissional, consideradas as circunstâncias fáticas do caso concreto, não podem ser exigidos da embargada, nas condições de seu funcionamento, não podendo, assim, ato normativo infralegal, decreto ou portaria que seja, contrariar a orientação derivada da lei, com a interpretação consolidada na jurisprudência. 4. Também quanto à verba honorária fixada, decidiu-se, expressamente, que "foi corretamente arbitrada a verba honorária, diante dos critérios de equidade, grau de zelo do profissional; lugar de prestação do serviço; natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço (artigo 20, § 4º, CPC) [...] Na espécie, o valor da causa, em março de 2011, era R$ 47.018,10 (f. 07), sendo fixada a verba honorária em 10% sobre o valor atualizado da causa, o que não se revela excessivo frente aos parâmetros legais", pelo que não há falar-se em omissão. 5. Emerge dos autos, nitidamente, que o que se pretende é apenas impugnar a divergência entre a interpretação adotada pela Turma e a que defendida pela embargante, sem qualquer indicação, efetiva, de contradição do julgamento, em si, obscuridade e, sobretudo, omissão sobre questão jurídica ou pedido formulado. 6. A utilização de tal recurso para mero reexame do feito motivado por inconformismo com a interpretação e solução adotadas, revela-se imprópria à configuração de vício sanável na via eleita. 7. Embargos declaratórios rejeitados.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL TERCEIRA REGIÃO
PROCESSO: 0025229-30.2011.4.03.9999 - CLASSE: AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1651129
RELATOR: MARLI FERREIRA
ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA TURMA
JULGAMENTO: 03/05/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SUS. LEI Nº 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÕES A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INOCORRÊNCIA. 1. No julgamento da cautelar na ADI nº 1.931, o Plenário do C. STF deferiu, em parte a medida, apenas para suspender a eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2.177-44/2001), da expressão "atuais e" constante do §2º do artigo 10 e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99. Acresça-se ainda que essa C. Corte concluiu pela existência de repercussão geral (RE nº 597.064). 2. Portanto, até o julgamento final da Ação Direta de Inconstitucionalidade ou do RE nº 597.064/RJ, pelo STF, hão de ser aplicados os dispositivos que não tiveram sua exigibilidade suspensa por força da cautelar acima referida, caso, por exemplo, do art. 32, que dispõe sobre o ressarcimento ao SUS. 3. A própria Lei nº 9.656/98, em seu artigo 32, caput, e §§ 3º e 5º, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44/01, confere à ANS o poder de definir normas e efetuar a respectiva cobrança de importâncias a título de ressarcimento ao SUS, possibilitando-lhe, ainda, a inscrição em dívida ativa dos valores não recolhidos. 4. O ressarcimento de que cuida a Lei nº 9.656/98 é devido dentro dos limites de cobertura contratados e pretende, além da restituição dos gastos efetuados, evitar o enriquecimento da empresa privada às custas da prestação pública de saúde, isto é, trata-se de forma de indenização do Poder Público pelos custos desses serviços não prestados pela operadora particular, todavia cobertos pelos contratos pagos pelo usuário. 5. Quanto às alegações feitas pelo embargante de que o procedimento a que foi submetido o paciente atendido pelo SUS, não encontrava cobertura no plano, assim como afirma que o atendimento foi realizado fora da área de abrangência geográfica coberta pelo plano, verifico que totalmente insubsistentes. 6. A parte autora não logrou demonstrar que os procedimentos a que se submeteram os pacientes estão excluídos pelo contrato firmado, uma vez que sequer juntou documentos aptos a tanto. Denota-se que colacionou aos autos somente cópia do contrato de prestação de serviços com cláusulas contratuais que não possui qualquer força jurídica, ante a completa falta de elementos que identifiquem os beneficiários ou a data da prestação do atendimento. 7. Por outro lado, no que diz respeito ao procedimento realizado pelo SUS fora da área de abrangência geográfica do contrato em caso de urgência e emergência, os beneficiários podem ser atendidos fora da área geográfica de cobertura, conforme prevê o art. 12, VI e art. 35-C, ambos da Lei 9.656/98. Porém, não há elementos aptos a afastar a incidência dos mencionados dispositivos legais. De fato, tratando-se de procedimentos urgentes, revela-se perfeitamente admissível que os procedimentos decorrentes possam

ter ocorrido em circunstâncias prementes, fato, aliás, sequer refutado pela autora na inicial. 8. Conclui-se, portanto, que não há qualquer prova juntada com a inicial dos embargos, no sentido de infirmar a liquidez e certeza da certidão juntada com a execução Fiscal, uma vez que estes não foram instruídos com o traslado das peças necessárias para a comprovação das alegações da autora. 9. Demais disso, verifica-se a legalidade das resoluções editadas pela ANS para disciplinar a cobrança do ressarcimento ao SUS e o descabimento de todas as alegações de ordem contratual apresentadas, uma vez que desacompanhadas dos respectivos elementos probatórios. 10. Os embargos guardam natureza autônoma, cabendo ao embargante comprovar os fatos constitutivos do seu direito, a teor do que dispõe o art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil. 11. O artigo 3º da Lei nº 6.830/80 e o art. 204 do CTN são taxativos quando conferem à CDA presunção de certeza e liquidez, que somente pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite. Diante da ausência de prova e da deficiente instrução dos embargos, não prospera a pretensão da autora, sendo de rigor a reforma da r. sentença. 12. Apelação provida.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL TERCEIRA REGIÃO
PROCESSO: 0034834-96.2007.4.03.6100 - CLASSE: AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1536565
RELATOR: CECILIA MARCONDES
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA
JULGAMENTO: 03/05/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SUS. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE - ATENDIMENTO NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE - RESSARCIMENTO - LEI Nº 9.656/98 - POSSIBILIDADE DA COBRANÇA - QUESTÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AGRAVO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE - MULTA. I - A Lei nº 9.656/98 edita, em seu artigo 32, que haverá o ressarcimento, pelas operadoras de planos de saúde, quando os serviços de atendimento à saúde previstos nos contratos forem prestados junto às instituições públicas ou às instituições privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS. II - Tal norma coaduna-se com o espírito do legislador constituinte, que assegura no artigo 196 da Carta Magna ser a saúde "direito de todos e dever do Estado, garantido mediantes políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação", bem como permite a sua exploração por parte da iniciativa privada (art. 199). III - Configura obrigação da operadora do plano de saúde restituir ao Poder Público os gastos tidos com o atendimento do segurado feito na rede pública, ato este que evita o enriquecimento ilícito das empresas que captam recursos de seus beneficiários e não prestam, adequadamente, os serviços necessários. IV - Prestigia-se o princípio da isonomia na medida em que atribui um tratamento legislativo diferenciado

àqueles que, apesar do dever contratual de arcar com os procedimentos de saúde para seus consumidores, deixam assim de proceder, prejudicando toda a coletividade. V - Entendimento pacificado no âmbito do STF (RE nº 572881/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 25.03.2009, DJe 03.04.2009; RE nº 593317/RJ, Rel. Min. Menezes Direito, j. 02.03.2009, DJe 13.03.2009; RE 596156/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19.12.2008, DJe 05.02.2009) e desta Corte (AC nº 2002.61.00.023565-7/SP, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, j. 17.06.2010, DJF3 06.07.2010, pág. 844; AC nº 2002.61.00.002563-8/SP, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, j. 03.12.2009, DJF3 20.01.2010, pág. 170; AC nº 2008.61.00.002076-0/SP, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, j. 25.03.2010, DJF3 19.04.2010, pág. 427; AC nº 2006.61.04.005018-2/SP, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, j. 10.09.2009, DJF3 28.08.2009, pág. 242). VI - Cuidando-se de recurso manifestamente infundado, contrário a entendimento majoritário da Suprema Corte, aplica-se à agravante multa de 10% sobre o valor da causa (art. 557, § 2º, CPC), ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do valor. VII - Agravo improvido, com aplicação de multa."

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL QUARTA REGIÃO
PROCESSO: 5001127-44.2012.404.7104 - CLASSE: - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO JEF
RELATOR: HENRIQUE LUIZ HARTMANN
RELATOR PARA ACÓRDÃO: ANDRÉ LUÍS MEDEIROS JUNG
ÓRGÃO JULGADOR: TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DA 4ª REGIÃO
JULGAMENTO: 20/07/2012

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO.PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ESTE COLEGIADO, PARA CONHECER DO RECURSO, EXAMINAR O TEOR DE LAUDO PERICIAL E ADMITIR FATO NÃO AFIRMADO PELAS INSTÂNCIAS INFERIORES. 1. Na linha dos precedentes deste colegiado, se o laudo pericial atestar a capacidade para o labor, mas ressalvar que existe limitação para o exercício de certas tarefas, deve então o julgador ainda analisar se fatores pessoais do segurado, conjugados com aquela restrição, não acabam por caracterizar, na prática, incapacidade que enseje a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, conforme a situação. Em outras palavras, um quadro de saúde insatisfatório, que acarrete diminuição do potencial produtivo, aliado a condições pessoais desfavoráveis, pode autorizar o reconhecimento de incapacidade laboral, mesmo que contrária tenha sido a conclusão do laudo pericial, se impedir que o segurado, em igualdade de condições com quem exerça a mesma ocupação, retorne ao mercado de trabalho ou nele se mantenha. 2. No presente caso, em nenhuma passagem da sentença ou do voto condutor do acórdão recorrido consta a afirmação de que a parte autora padece de incapacidade parcial ou mesmo de alguma limitação para o labor. 3. Este colegiado não pode examinar o laudo pericial e, a partir

daí, estabelecer a existência de fato que nenhuma das instâncias inferiores reconheceu. 4. Se para enquadrar o pedido de uniformização em permissivo de recorribilidade se mostra imprescindível examinar elemento probatório dos autos, então forçoso é assentar sua inadmissibilidade. 5. Pedido de uniformização não conhecido. Decisão. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Turma Regional De Uniformização do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, não conhecer do pedido de uniformização, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL QUARTA REGIÃO
PROCESSO: 0013867-50.2006.404.7195 - CLASSE: IUJEF - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL
RELATOR: JOÃO BATISTA BRITO OSÓRIO
ÓRGÃO JULGADOR: TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DA 4ª REGIÃO
JULGAMENTO: 20/07/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FEDERALISMO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO REGIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS. ATRIBUIÇÕES DE CADA ENTE FEDERATIVO. 1. Tratando-se de responsabilidade solidária, não cabe ao Magistrado estabelecer as atribuições de cada ente no tocante ao fornecimento dos medicamentos. Os réus devem, administrativamente, estabelecer as responsabilidades para a dispensação dos fármacos como entenderem melhor, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário. 2. O provimento da pretensão da Recorrente, no sentido de que a ela cabe apenas o aporte de recursos financeiros ao sistema de saúde, implicaria, na verdade, em sua exclusão do pólo passivo da demanda. 3. A determinação do acórdão recorrido foi genérica, pois não estabeleceu o que compete a cada ente, apenas foi ao encontro do entendimento no sentido de fixar a responsabilidade solidária de todos os entes federativos no fornecimento de medicamentos. 4. Recurso a que se nega provimento. Decisão. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Turma Regional De Uniformização do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO da União, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL QUARTA REGIÃO
PROCESSO: 5007398-09.2011.404.7200 - CLASSE: - RECURSO CÍVEL
RELATOR: GERMANO ALBERTON JUNIOR
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA RECURSAL DE SC
JULGAMENTO: DATA DA DECISÃO: 10/07/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. MEDICAMENTOS. AUTORIZAÇÃO DE

ENTREGA DO "PRINCÍPIO FARMACOLOGICAMENTE ATIVO". A Lei n. 9.787/99, ao estabelecer o medicamento genérico e dispor sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos, proibiu as aquisições de medicamentos e prescrições médicas, no âmbito do Sistema Único de Saúde, pelo nome comercial, razão pela qual o(s) medicamento(s) deferidos em juízo também devem ser entregues por seu princípio farmacologicamente ativo. Decisão. ACORDAM os Juízes da 3ª Turma Recursal de Santa Catarina, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA UNIÃO e por DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso do Município de Tubarão para autorizar a entrega dos medicamentos por seu princípio ativo e para fixar a necessidade de renovação do receituário a cada três meses, nos termos do voto do(a) Relator(a).

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL QUARTA REGIÃO
PROCESSO: 5001938-89.2012.404.7108 - CLASSE: - AGRAVO REGIMENTAL EM INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO JEF
RELATOR: LEONARDO CASTANHO MENDES
ÓRGÃO JULGADOR: TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DA 4ª REGIÃO
JULGAMENTO: 21/06/2012

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. TRABALHO EXERCIDO NO PERÍODO EM QUE FOI DEFERIDO BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONTOS. MATÉRIA JÁ UNIFORMIZADA. 1. "1. O trabalho exercido pelo segurado no período em que estava incapaz decorre da necessidade de sobrevivência, com inegável sacrifício da saúde do obreiro e possibilidade de agravamento do estado mórbido. 2. Não obstante a ausência de previsão legal para tal compensação, a prática de tais descontos, com aval do Judiciário, redundaria em recompensar a falta de eficiência do INSS na hipótese dos autos, pois, inegavelmente, o benefício foi negado erroneamente pela perícia médica da Autarquia. 3. (...)". (IUJEF 0006143-16.2009.404.7251, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relator Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva, D.E. 09/03/2011). 2. Agravo regimental não provido. Decisão. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Turma Regional De Uniformização do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE AGRAVO REGIMENTAL DO INSS, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL QUINTA REGIÃO
PROCESSO: 00132247220114058300 - AC540883/PE
RELATOR: PAULO GADELHA
ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA TURMA
JULGAMENTO: 24/07/2012

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. RESPONSABILIDADE. HEMOTERAPIA. CONTAMINAÇÃO.

VÍRUS HIV. HEPATITE C. PENSÃO VITALÍCIA. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. PRESCRIÇÃO DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS E NÃO DO FUNDO DE DIREITO. SÚMULA 85 DO STJ. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA EM 2005. AÇÃO AJUIZADA EM 2008. APLICAÇÃO DO ART. 515, PARÁGRAFO 3º, DO CPC. JULGAMENTO IMEDIATO. MATÉRIA DE FATO E DE DIREITO. PENSÃO VITALÍCIA. DIREITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIREITO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. R$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO, PRO RATA, PELA UNIÃO E PELO HEMOPE. APELAÇÃO PROVIDA. A União é uma das responsáveis pela prestação de serviços de saúde à comunidade, através do SUS - Sistema Único de Saúde, o qual é responsável pela fiscalização dos serviços de hemotearapia solidariamente com as instituições públicas federais, estaduais e municipais, que compõe este sistema, nos termos do art. 200 da Constituição Federal e parágrafo 1º, do art. 4º da Lei nº 8.080/1990, e em relação ao HEMOPE, do qual o autor é paciente assíduo desde o remoto ano de 1987, é responsável pela qualidade do sangue usado em tratamentos médicos sob sua responsabilidade, bem como dos medicamentos administrados aos seus pacientes.- No que tange à prescrição do direito ao benefício de pensão vitalícia, encontra-se disposto no art. 1º do Decretro-Lei nº. 20.910/32 o prazo prescricional de cinco anos das dívidas, direitos ou ações a serem pleiteados contra a União, os Estados e os Municípios. O referido dispositivo, no entanto, não se aplica integralmente à presente demanda, posto que o direito a pensão vitalícia pleiteado, configura-se como prestação de trato sucessivo, só restando prescritas, portanto, as parcelas alcançadas pela prescrição quinquenal.- No que tange à prescrição do direito à indenização por danos morais, observa-se que também não atingiu o direito do autor, tendo em vista que o mesmo só tomou ciência inequívoca de que padecia das moléstias em questão em 2011, tendo ajuizado a presente ação neste mesmo ano. Ademais, os documentos contidos nos autos não possuem a assinatura da parte autora, bem como sugerem o encaminhamento a novos exames.- Aplicação do art. 515, parágrafo 3º, do CPC. Julgamento imediato da lide. Direito da parte autora ao benefício de pensão vitalícia, no montante de 05 (cinco) salários mínimos, pro rata, pela União e pelo HEMOPE, bem como a indenização por danos morais arbitrados em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).- Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, pro rata, pela UNIÃO e pelo HEMOPE.- Apelação provida.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL QUINTA REGIÃO
PROCESSO: 200983000085215 - AC529550/PE
RELATOR: ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (CONVOCADO)
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA
JULGAMENTO: 26/07/2012

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. REGISTRO DE MEDICAMENTOS. CANCELAMENTO. RESOLUÇÃO ANVISA. POSSIBILIDADE CONFERIDA PELA LEI Nº 9.782/99. LEGALIDADE.

1. Agravo retido não conhecido por força do art. 523, parágrafo 1º, do CPC. 2. A Lei nº 9.782/99 delegou, às expressas, competência à ANVISA para "proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde." 3. Hipótese em que, mesmo diante da comprovação de eficácia terapêutica do medicamento por meio de perícia, inexiste qualquer ilegalidade na Resolução nº 2948/06-ANVISA, que cancelou, com base em irregularidades na documentação, o registro da nova forma (cápsula) do medicamento VARICELL. 4. Apelo improvido.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL QUINTA REGIÃO
PROCESSO: 00069108120114050000 - AG115621/AL
RELATOR: GERALDO APOLIANO
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA
JULGAMENTO: 19/07/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. PAGAMENTO DE CIRURGIAS REALIZADAS EM HOSPITAL PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE. 1. Agravo de Instrumento manejado em face de decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, com o qual se objetivou assegurar o imediato pagamento, por parte dos réus, de duas cirurgias às quais submeteu-se a Agravante, e que já foram realizadas no Hospital Sírio Libanês, em São Paulo, no valor de R$ 45.800,00 -quarenta e cinco mil e oitocentos reais. 2. O deferimento de pedidos de antecipação dos efeitos da tutela, exige a presença concomitantemente de dois requisitos: o periculum in mora, e a verossimilhança das alegações,sendo de aferir-se, ainda, se é viável a reversibilidade do provimento efentualmente antecipado (art. 273 do Código de Processo Civil -CPC). 3. Ausente do requisito 'perigo da demora', uma vez que, já tendo sido realizadas as duas cirurgias, a Agravante não mais está em eventual perigo de vida, não havendo, pois, receio de dano irreparável, ou de difícil reparação, caso não haja a paga, imediata, dos procedimentos cirúrgicos já realizados. 4. Muito embora a Agravante afirme que o tratamento a que está se submeter-se poderá ser inviabilizado caso não haja o pagamento das cirurgias já realizadas, não se fez ajuntar aos autos qualquer comprovação nesse sentido, tendo-se juntado ao processo, tão-somente, exames médicos, e a informações acerca dos valores dos procedimentos. 5. Não figura nos autos qualquer prova de ter havido negativa do Sistema Único de Saúde -SUS em realizar o tratamento necessitado pela Agravante, não sendo razoável, assim, obrigar à União, ao Estado de Alagoas, e ao Município de Maceió, a lançar mão de recursos públicos para custear cirurgias em hospitais particulares, quando não se tem nos autos, prova acerca da inexistência de igual tratamento, ofertado pela rede pública de saúde. Agravo de Instrumento improvido.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL QUINTA REGIÃO
PROCESSO: 200481000190136 - AC481752/CE
RELATOR: CÍNTIA MENEZES BRUNETTA (CONVOCADA)
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA
JULGAMENTO: 19/07/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA. LEGALIDADE RESCISÃO UNILATERAL PELA OPERADORA DE ASSISTÊNCIA MÉDICA PRIVADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE FRAUDE. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. Trata-se de apelação cível interposta por HAPVIDA - ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA, contra sentença prolatada pelo juízo da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, o qual julgou improcedente o pedido inicial, que visava fosse declarada a nulidade do Auto de Infração nº 846/2001-ANS (processo administrativo nº 25016.000970/2000-75), bem como da multa dele decorrente, alegando que o auto de infração contra o qual se insurge encontra-se eivado de vícios, uma vez que o ato administrativo que o amparou fundou-se em situação fático-jurídica inexistente, qual seja, a suposta ilegalidade da rescisão contratual, o que não procede, uma vez que a referida rescisão ocorreu nos moldes do art. 13, II, da Lei 9.656/98. 2. A Resolução n.º 02/98 apenas definiu critérios objetivos para a dosimetria das multas impostas pela ANS, não havendo que se falar em cominação de sanção por ato infralegal. Na verdade, a multa foi cominada com base no art. 13, parágrafo único, II, e seus limites fixados nos art. 25 e 27, todos da Lei n.º 9.656/98, sendo certo que a Resolução n.º 02/98 apenas definiu. 3. Nos termos da Lei 9.656/98, apenas configurada a fraude é permitida a rescisão unilateral do contrato sem a notificação prévia do consumidor. Neste caso, o termo fraude deve ser interpretado restritivamente, porquanto a fraude que permite a imediata rescisão do contrato deve ser aquela inconteste, irrefutável, indubitável. Qualquer outra situação que envolva apenas uma suspeita de fraude ou fortes indícios da ocorrência desta implica na necessidade de notificação prévia do atingido, de forma a viabilizar sua defesa. 4. São fortes os indícios de que as patologias existiam, mas nada indica de forma inconteste que eram do conhecimento do paciente a ponto de se considerar provada a fraude prevista no artigo 13 de lei 9.656/98. Veja-se, aqui, que não se está falando em impossibilidade absoluta de suspensão do contrato pela operadora ou exclusão de alguns procedimentos ofertados, mas, apenas, da necessidade de um procedimento prévio - envolvendo a ciência do consumidor - que a aperfeiçoe. Nesse ponto é proscrita a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato até a demonstração de que existiam doenças e lesões preexistentes à data da contratação e de que o usuário agira de forma a escondê-las, na forma da regulamentação da ANS, consoante dispõem os arts. 11 e 13, PU, inc. II, da Lei nº 9.656, de 03.06.1998. 5. Não há qualquer excesso na estipulação da multa pela ANS no valor de R$28.000,00 (vinte e oito mil reais), porquanto dentro dos limites estabelecidos em lei e compatível com a conduta que se procura sancionar/reprimir. 6. Apelo improvido.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL QUINTA REGIÃO
PROCESSO: 00001620820104058103 - APELREEX21529/CE
RELATOR: ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (CONVOCADO)
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA
JULGAMENTO: 12/07/2012

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MUNICÍPIO. CONTRATAÇÃO PARA REPASSE DE VERBAS FEDERAIS. POSSIBILIDADE. 1. Ação em que se pretende a celebração de contratos e a liberação de empenhos relativos a convênios firmados com os Ministérios do Turismo e da Educação, sem impedimento de estar o Município autor inscrito no SIAFI/CAUC à época limite da contratação. 2. Nos termos do art. 5º, inciso I, da Instrução Normativa STN nº 01/97, "é vedado celebrar convênio, efetuar transferência, ou conceder benefícios sob qualquer modalidade, destinado a órgão ou entidade da Administração Pública Federal, Estadual, Municipal, do Distrito Federal, ou para qualquer outro órgão ou entidade, de direito público ou privado, que esteja em mora, inadimplente com outros convênios ou não esteja em situação de regularidade para com a União ou com entidade da Administração Pública Federal Indireta". 3. A Lei nº 10.522/02, em seu art. 26, dispõe que a inadimplência não constitui óbice à liberação de recursos destinados a ações sociais, sendo tal situação, também, excepcionada nos casos de verbas voltadas para educação, saúde e assistência social (art. 25, parágrafo 3º, da LC nº 101/00). 4. Não configurado o caráter assistencial ou relativo à saúde e à educação, no que toca aos objetos das contratações, quais sejam: pavimentação em pedra tosca de alguns logradouros da edilidade e a construção de quadra poliesportiva coberta. 5. Possibilidade, entretanto, de contratação para o repasse das verbas, tendo em conta o fato de que, apesar das restrições cadastrais do Município à época limite da celebração da avença, o atual gestor, no escopo de atribuir ao administrador faltoso a responsabilidade pelas irregularidades verificadas em convênios, ofertou perante o Ministério Público representação, adotou providências no sentido de se instaurar a Tomada de Contas Especial e ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa. 6. Apelação e remessa oficial improvidas.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL QUINTA REGIÃO
PROCESSO: 200882000030463 - APELREEX17782/PB
RELATOR: CESAR CARVALHO (CONVOCADO)
ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA
JULGAMENTO: 12/07/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. SUS. DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA DE ESTADO DA FEDERAÇÃO. ART. 192, PARÁGRAFO 2.º, INCISO I, DA CF/88. LIMITE MÍNIMO CONSTITUCIONAL DE GASTOS COM A SAÚDE. CREDITAMENTO MENSAL EM CONTA ESPECÍFICA. LEIS N.OS 8.080/90 E 8.142/90. RESOLUÇÃO N.º 322 DO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. LEI ESTADUAL N.º 8.107/06. ILEGALIDADE INFRACONSTITUCIONAL, EM PARTE, DE

NORMA EXPEDIDA PELO ESTADO. PRELIMINAR. COMPETÊNCIA. APELAÇÃO E REMESSA OBRIGATÓRIA DESPROVIDAS. 1 - O ESTADO DA PARAÍBA interpõe apelação cível em face de sentença, a de julgar parcialmente procedentes os pedidos veiculados na Ação Civil Pública n.º 2008.82.00.003046-3, promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL com vistas a compelir o demandado a respeitar, no que concerne aos recursos destinados à saúde, o percentual constitucional de 12% (doze por cento), nos termos da Resolução 322/2003 do Conselho Nacional de Saúde. 2 - O apelante sustenta que: a) os recursos federais, uma vez transferidos para a órbita estadual, incorporam-se ao patrimônio do Estado, razão pela qual deve ser reconhecida a incompetência material da Justiça Federal para a presente demanda; b) a mera circunstância de o Parquet Federal ser o autor da lide, sem restar configurado interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, não é suficiente para atrair a competência da Justiça Federal; c) o art. 198, parágrafo 3º, da Constituição delegou à lei complementar, ato normativo primário, a tarefa de definir o alcance da expressão "gastos com saúde", razão pela qual a Resolução 322/2003 do CNS, enquanto ato infralegal decorrente de atividade administrativa, padeceria de vício de inconstitucionalidade; d) ainda que não se vislumbrasse a inconstitucionalidade da mencionada resolução, esta seria aplicável exclusivamente à União Federal; e) o órgão ministerial teria reconhecido, na exordial, a celeuma existente em torno do conteúdo inserto em "gastos com saúde", pretendendo, em verdade, ver acolhido seu próprio entendimento sobre o tema; f) o Judiciário tem considerado que os recursos destinados a projetos de saneamento básico também dizem respeito ao Sistema Único de Saúde; g) as receitas do Estado destinadas à saúde devem constar do Orçamento do Estado, consoante disposição do art. 195, parágrafo 1º, da Constituição c/c o art. 2º, I, da Lei Estadual n.º 8.107/2006; h) o recolhimento de todas as receitas deve ocorrer em estrita observância ao princípio de unidade de tesouraria, exceto quanto àquelas vinculadas à previdência social, geral e própria dos servidores públicos, segundo o art. 56 da Lei n.º 4.320/1964 c/c o art. 43, parágrafo 1º, da Lei Complementar n.º 101/2000; i) a Lei Estadual n.º 8.107/2006 determina que os recursos destinados à saúde sejam orçamentariamente vinculados ao Fundo Estadual de Saúde do Estado da Paraíba - FESEP, sendo o controle realizado eletronicamente no âmbito do Sistema Integrado de Administração Financeira do Estado - SIAF. 3 - O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso de apelação, entendendo que: a) a análise da matéria atinente à competência da Justiça Federal encontra-se obstada pela autoridade da coisa julgada constituída no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 89644/PB; b) não há inconstitucionalidade ou ilegalidade a macular a Resolução 322/2003 do CNS; c) os documentos constantes dos autos demonstram que a conta do Fundo Estadual de Saúde, atentando contra expressa disposição do art. 33 da Lei n.º 8.080/1990, funciona apenas como conta de saída, quando, na verdade, os recursos destinados à saúde deveriam ser depositados e permanecerem até a realização da despesa; d) o modo como os recursos transitam

pela conta única do Estado dificulta o controle sobre o que efetivamente tem sido investido em saúde. 4 - Não há de ser conhecida a preliminar de incompetência absoluta aduzida pelo Estado da Paraíba, e ora renovada em seu recurso apelatório, porque a linha de fundamentação dessa tese em nada inovou quanto às alegações outrora rechaçadas no Agravo de Instrumento n.º 89.644-PB. Cumpre registrar que esse pronunciamento transitou em julgado em junho de 2011, após a inadmissão de recurso especial do Estado da Paraíba, mantida via decisão monocrática do Ministro João Otávio de Noronha, e de recurso extraordinário também por ele interposto. Por conseguinte, a competência da Justiça Federal constitui preliminar preclusa, tanto em face da preclusão pro judicato, quanto por força da coisa julgada. Igualmente se pode afirmar o mesmo da legitimidade passiva da União. Por fim, resta prejudicada a discussão quanto à presença do Ministério Público Federal no polo ativo versus a competência federal. Sem prejuízo de todo o exposto, ainda que assim não fosse, a propositura de uma ação civil pública pelo MPF contra um ente federativo para a tutela do direito fundamental à saúde para todos aqueles que recorrem ao Estado da Paraíba não deixa qualquer margem de dúvida quanto à competência federal para solucionar a controvérsia. 5 - Embora inexista qualquer questionamento em relação à legitimidade ativa do MPF, por sua natureza de ordem pública, consigna-se que ele detém poder para promover a ACP, pois, como dito no tópico anterior, a celeuma jurídica gravita em torno de preceito constitucional regulamentador de aplicação de verbas orçamentárias estaduais na área de saúde pública, direito fundamental relevantíssimo de interesse de toda a coletividade local. Precedente: PROCESSO: 200983000147506, APELREEX14745/PE, DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Primeira Turma, JULGAMENTO: 19/04/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 26/04/2012 - Página 169. 6 - O percentual mínimo de recursos a ser aplicado na área da saúde pelos Estados é de 12% (doze por cento) do total arrecadado a título dos impostos especificados, segundo estabelecido no art. 77, parágrafo 4.º, do ADCT. 7 - No caso concreto, o Estado da Paraíba sustenta a ausência de lei complementar a estabelecer as diretrizes do art. 198, parágrafo 3.º, inciso III, sendo inconstitucional a aplicação da Resolução n.º 322/CNS como regulamento autônomo. 8 - Quanto ao tema, não se pode olvidar do pronunciamento do excelso Pretório na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.999/RJ, não conhecida à míngua de inexistência de colisão direta com a Carta Magna, mas de uma quiçá ofensa reflexa da norma a exigir o exame da Resolução sob o prisma da estrita legalidade infraconstitucional. Palavras do relator o Ministro Gilmar Mendes: "Conclui-se, portanto, que se está diante de hipótese em que a eventual ofensa à Carta Constitucional é indireta, o que torna inadmissível a sua apreciação por meio de ação direta de inconstitucionalidade". 9 - Algumas premissas para avançarmos na investigação da controvérsia parecem ter ficado bastante claras no pronunciamento do Supremo Tribunal Federal: um, não se antevê flagrante inconstitucionalidade nas Leis n.os 8.080/90 e 8.142/90, nem na Resolução n.º 322/CNS; dois, devemos abordar a questão sob o prisma

da estrita legalidade infraconstitucional. 10 - A Lei n.º 8.080/90 "Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências", diz em seu art. 15 que a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios exercerão, no âmbito de sua competência administrativa, "a administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde". Posteriormente entrou em vigor a Lei n.º 8.142/90, cujo objeto consiste na "participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências". 11 - Houve a recepção, pela Emenda Constitucional n.º 29/2000, das Leis n.os 8.080/90 e 8.142/90 como leis complementares reguladoras do SUS, numa análise ampla dos dispositivos constitucionais relacionadas à garantia fundamental à saúde. Para tanto, salienta-se que normas e a Resolução apenas especificam numericamente as porcentagens do art. 198, parágrafo 2.º, inciso II, depois da dedução das transferências aos municípios, sendo harmônicas entre si. Segundo, as leis estão desde muito sendo aplicáveis em todo o país, sem notícia de sua decretação de inconstitucionalidade, com inúmeras outras leis ordinárias a tratar das ações de prestação de serviços de saúde, pois o art. 197 da CF/88 autoriza essa estatura na pirâmide normativa: "Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado". Por último e, talvez, mais importante que os demais fundamentos, a própria decisão do Supremo Tribunal Federal, ao destacar mediante reprodução integral o parecer da Procuradoria-Geral da República, perfilhou a tese de absorção dessas leis pretéritas à EC 29/2000. Interpretação das leis conforme a Constituição. 12 - A inclusão pela Lei n.º 8.107/2006, do Estado da Paraíba, das despesas relativas às políticas de moradia, saneamento básico, meio ambiente e previdência social colidem com o conceito estrito de saúde, embora reflitam no aumento do bem-estar geral da população. Acaso se enlasteça o termo saúde a tal ponto, estar-se-ia minguando as dotações orçamentárias que o constituinte almejou ver destinados para essa área pública essencialmente destinada a garantir a própria vida do cidadão, pressuposto de existência sem o qual todos os demais direitos perdem significado e valia. 13 - A limitação conceitual dada pela Resolução coaduna-se e ganha legitimidade cogente com a própria Lei Orgânica da Saúde, cujo artigo 3.º explicita os fatores determinantes e condicionantes não submetidos à regência da referida norma, a Lei n.º 8.080/90: "Art. 3º - A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País". 14 - A falta de sintonia entre as duas normas, a estadual e a da União, implicou um recolhimento bem discrepante para a área de saúde, nos limites fixados

pela Lei n.º 8.080/90, conforme análise contábil nos autos. 15 - A segunda face da celeuma reside na determinação pela lei estadual de o montante recolhido tributariamente e vinculado à área de saúde ser distribuído por inúmeras Unidades Orçamentárias. Perscrutando a Lei n.º 8.080/90, destacam-se dois dispositivos a desautorizar essa fragmentação orçamentária. São eles: "Art. 32. São considerados de outras fontes os recursos provenientes de: parágrafo 2º As receitas geradas no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS serão creditadas diretamente em contas especiais, movimentadas pela sua direção, na esfera de poder onde forem arrecadadas. Art. 33. Os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde-SUS serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos conselhos de saúde". Apelação cível e remessa obrigatória desprovidas.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL QUINTA REGIÃO
PROCESSO: 00019277820124059999 - AC540764/PB
RELATOR: MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO (CONVOCADO)
ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA TURMA
JULGAMENTO: 17/07/2012

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE AMPARO SOCIAL. TUTELA ANTECIPADA. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORA HIPOSSUFICIENTE E PORTADORA DE DEFICIÊNCIA CONGÊNITA NO MEMBRO SUPERIOR ESQUERDO. PERÍCIA MÉDICA ATESTA INCAPACIDADE PARA ATIVIDADES QUE DEMANDEM MÉDIO/GRANDE ESFORÇO FÍSICO OU USO COMBINADO DOS MEMBROS SUPERIORES. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. - Insubsistência do pedido de efeito suspensivo ao recurso, pois havendo risco de irreversibilidade da execução definitiva pode o apelante se valer de uma peculiar medida antecipatória (art. 558 do CPC). - Comprovada a condição de hipossuficiência da autora, vez que sua família sobrevive da agricultura de subsistência, bem como tendo em conta que o indeferimento administrativo do benefício deu-se apenas em face da não constatação de sua incapacidade para a vida independente e para o trabalho. - A perícia médica atesta que a paciente é portadora de deficiência congênita, consistente em defeito longitudinal de desenvolvimento do membro superior esquerdo, com ausência completa do antebraço, punho e mão esquerdos, que a incapacita para o trabalho que exija médios/grandes esforços físicos ou as que requeiram o uso combinados dos membros superiores para a sua elaboração. - Ora, ainda que a sua incapacidade seja parcial, há que se levar em conta as atividades que tem aptidão para desenvolver e estão ao seu alcance, no meio social em que vive. A autora, aos 40 anos de idade, não possui experiência laborativa, tampouco tem preparo intelectual para exercer uma atividade compatível com a sua situação de saúde, de modo a possibilitar o seu sustento, restando evidente que não terá aceitação no mercado de trabalho, o que o levou a requerer o benefício. - Destarte, negar-lhe o direito ao amparo social é fechar-lhe, também, as oportunidades.

É esquecer que a mens legis, imbuída na Lei nº 8.742/93, pretende proteger os desvalidos e, assim, tentar corrigir ou diminuir as desigualdades sociais. Logo, faz jus a autora ao benefício assistencial perseguido. - Apelação parcialmente provida apenas para arbitrar a verba honorária advocatícia no valor de R$ 2.000,00 (dois mil Reais).

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL QUINTA REGIÃO
PROCESSO: 00088227920104058300 - AC509358/PE
RELATOR: CÍNTIA MENEZES BRUNETTA (CONVOCADA)
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA
JULGAMENTO: 05/07/2012

ADMINISTRATIVO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO QUE OPERAM PLANOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. NECESSIDADE DE REGISTRO PERANTE O CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. MATRIZ E FILIAL SITUADAS EM REGIÕES DIVERSAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. As pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, seja em que modalidade for, estão submetidas às disposições contidas na Lei nº 9.656/98 e devem possuir registro nos Conselhos Regionais de Medicina para que obtenham autorização de funcionamento. 2. À despeito de a sede da pessoa jurídica, sediada no Ceará, já se encontrar registrada perante o Conselho Regional de Medicina deste Estado, subsiste a obrigação das filiais de registrarem-se em região diversa em que tenham atuação, em conformidade com o art. 4º, da Resolução nº 1.971/11 do Conselho Federal de Medicina. 3. Existindo disposição legal específica acerca da necessidade de registro nos Conselhos Regionais de Medicina, resta latente a necessidade de cumprimento da norma regulamentadora. 4. Apelação não provida.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL QUINTA REGIÃO
PROCESSO: 200884010016194 - AC542638/RN
RELATOR: FRANCISCO WILDO
ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA TURMA
JULGAMENTO: 03/07/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. TROCA DE EXAME DE RAIO X REALIZADO NO HOSPITAL DAS CLÍNICAS. FATO INCONTROVERSO. APELAÇÃO PARA REDUÇÃO DO VALOR. POSSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ART. 21, CAPUT DO CPC. 1. Apelação manejada pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte com o objetivo apenas de reduzir o valor arbitrado a título de dano moral decorrente da troca de exame de raio x realizado pelo autor e trocado o seu resultado por de outro paciente, cujo diagnóstico não indicava problema de saúde. Apelo para que seja aplicada a regra de sucumbência recíproca em relação aos honorários. 2. O fato de ter havido a troca de exame clínico de “raio x” realizado pelo autor não ensejou repercussões do ponto de vista de obtenção de benefício previdenciário, visto que os exames naquela instituição são feitos

independentemente da apresentação de laudo apresentado pelo segurado, bem como em relação a possível obtenção de vantagem em demanda trabalhista, por haver a possibilidade de realização de exame judicial naquela esfera. 3. É fato incontroverso de que a troca de exames trouxe dor e desconforto ao autor, visto que não há como desconsiderar os prejuízos a sua vida diária, inclusive com repercussão no tratamento clínico a ser ministrado para as melhoras de sua saúde. 4. In casu, não se trata de erro médico, por conclusão equivocada na emissão do diagnóstico da doença, mas apenas na troca de exame de "raio x", cujo diagnóstico da doença não resultou em ações mais gravosas para o autor, visto se tratar de uma enfermidade tratável através de medicamentos analgésicos e sessões de fisioterapia, não havendo sequer notícia de seqüela irreversível pela troca apontada ou de dano estético a ser suportado pelo autor, sendo cabível sua redução de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), diante dos prejuízos mínimos suportados pelo autor. 5. Aplicação do artigo 21, caput, do CPC diante da ocorrência de sucumbência recíproca. 6. Apelo provido.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL QUINTA REGIÃO
PROCESSO: 200983000075544 - AC497489/PE
RELATOR: WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR (CONVOCADO)
ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA TURMA
JULGAMENTO: 03/07/2012

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. CIRURGIA REALIZADA EM HOSPITAL UNIVERSITÁRIO. FRAGMENTO DE BISTURI ALOJADO NA COLUNA VERTEBRAL. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE AS DORES SOFRIDAS PELA PACIENTE E O CORPO ESTRANHO. LAUDO PERICIAL COMPROBATÓRIO. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL INDEVIDA. CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL. MAJORAÇÃO DA QUANTIA FIXADA EM PRIMEIRO GRAU. APELAÇÃO DA UNIVERSIDADE NÃO PROVIDA E APELAÇÃO DO PARTICULAR PROVIDA. 1. A responsabilidade do hospital universitário é objetiva quanto à atividade de seu profissional médico, dispensando a demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes da conduta de médico integrante do seu quadro de funcionários, porém a responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, exigindo-se a comprovação da culpa pelo evento danoso, porquanto a relação entre o médico e o paciente é de meio de não de resultado, exceto quando se tratar de cirurgias plásticas embelezadoras, de forma que para responsabilização do profissional é necessário a comprovação de que o mesmo agiu com culpa, além do nexo de causalidade entre a conduta e o dano. (RESP 201000389990, SIDNEI BENETI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:01/07/2010.) 2. Conforme histórico médico descrito no laudo pericial, a autora foi submetida à cirurgia por apresentar crises de dor lombar com irradiação para o membro inferior direito durante seis anos e que, durante o procedimento cirúrgico, houve quebra da lâmina do bisturi, que ficou retida na musculatura vertebral da paciente. 3. Para configuração da responsabilidade

civil do Estado basta a comprovação do nexo de causalidade entre as dores sofridas pela paciente e a presença do bisturi em sua coluna. 4. Todos os profissionais médicos que se manifestaram no presente feito (perito nomeado judicialmente, assistente técnico da parte autora e médico que realizou a cirurgia) concluiram que o fragmento metálico não ficou alojado em área nervosa da coluna vertebral, que venha a refletir na saúde da autora, bem como, que as dores sentidas não são decorrentes do mesmo, mas de processo degenerativo lombar e que a retirada do fragmento poderia trazer mais malefícios do que benefícios para a paciente, razão pela qual não se há de falar em dano material, pois ausente o nexo de causalidade entre as dores sofridas pela autora (que seriam decorrentes de doença degenerativa) e o fragmento de bisturi alojado em sua coluna. 5. Para a necessária caracterização do dano moral cabe averiguar a ocorrência de perturbação nas relações psíquicas, nos sentimentos, nos afetos e na tranqüilidade de uma pessoa, em decorrência do ato cometido por terceiro, resultando em afronta ao direito do bem estar emocional, afetivo e psicológico, que importa em diminuição do gozo destes bens, o que leva ao dever de indenizar. 6. É nitido o transtorno causado na vida psiquica da parte autora após a descoberta de um corpo estranho em seu organismo, mesmo que haja prova da ausência de dano físico, uma vez que ao se submeter a um procedimento cirurgico o esperado é que o mesmo transcorra de forma regular, sem maiores contratempos, não sendo normal a quebra de um instrumento e a sua permanência no organismo. 7. Não pode exigir de um homem médio pacificidade e indeferença quanto ao fato de ter que conviver, por prazo indeterminado de tempo, com um fragmento de bisturi alojado na coluna vertebral, além de diversos constrangimentos relatados pela parte autora em seu dia-a--dia, dentre os quais, os constantes ativamento do dispositivo das portas com detectores de metais, tão comuns em estabelecimentos bancários.8. Dano mora configurado. Majoração do valor da indenização de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para a quantia de R$ 30.000,00 (trinta mil reais). 9. Apelação da Universidade não provida e apelação do particular parcialmente provida para majorar o valor da indenização por dano moral.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO
PROCESSO: RECURSO CÍVEL INOMINADO Nº 2792/2011
ÓRGÃO JULGADOR: TURMA RECURSAL ÚNICA
JULGAMENTO: 14/06/2012

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. RESPONSABILIDADE. PRODUTO ALIMENTÍCIO COMERCIALIZADO FORA DO PRAZO DE VALIDADE. Dever do fornecedor em realizar o controle daquilo que vende. Risco à saúde pública: responsabilidade que independe da figura da culpa. Consumidor que ingeriu o produto: prova da compra e da utilização de medicamentos compatíveis com a enfermidade sofrida. Ato ilícito configurado: dever de indenizar. Valor da indenização por danos morais: observância aos critérios da proporcionalidade e razoabilidade. Sentença mantida em seus próprios fundamentos. RECURSO IMPROVIDO. Tem a empresa

que comercializa produtos alimentícios o dever de controlar verificar e controlar aquilo que vende, prevenindo e evitando danos ao consumidor, que possam advir do consumo de produtos fora do prazo de validade. A venda de produtos fora do prazo de validade implica risco à saúde pública, configurando,por si só, ato ilícito, ainda mais considerando a potencialidade do dano que pode gerar. A responsabilidade do fornecedor, no que se refere à reparação dos danos devida ao consumidor é objetiva, o que significa que independe da figura da culpa. Comprovada a aquisição do produto, que foi comercializado fora do prazo de validade, e também que o produto foi consumido, com funestas consequências à saúde do adquirente, não há como se negar ao consumidor a devida reparação. Mantém-se o valor da indenização – R$-10.200,00 -, quando proporcional e razoável. Recurso improvido. A parte recorrente pagará das custas processuais e honorários de advogado, que fixo em 20% sobre o valor da condenação.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCESSO: 2012.014327-3 - CLASSE: APELAÇÃO CÍVEL - ORDINÁRIO
RELATOR: LUIZ TADEU BARBOSA SILVA
ÓRGÃO JULGADOR: 5ª CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 26/07/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. POLÍTICAS PÚBLICAS. INVESTIMENTO EM NOSOCÔMIO FILANTRÓPICO, CONSTRUÇÃO DE HOSPITAL E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA HOSPITALAR. DISCRICIONARIEDADE DO PODER EXECUTIVO. 1 -A ação civil pública é meio disposto ao Ministério Público para fazer valer direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal. 2 - Extinto o processo sem resolução de mérito, devolvida a matéria de mérito no apelo e maduro o processo, é dever do órgão ad quem resolvê-lo meritoriamente. 3 - Salvo situações excepcionais, descabe ao poder judiciário determinar a implementação de atendimento médico hospitalar em nosocômio de caráter filantrópico, e construção de unidade hospitalar, porquanto tal matéria está dentro da discricionariedade do poder executivo na implementação de políticas públicas, sob pena de hostilizar a tripartição dos poderes. 4 - A dedução de preliminar que interage com o mérito da ação leva o magistrado à avaliação deste. No caso a pretensão do Ministério Público é improcedente, extinguindo-se o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e em parte com o parecer, e ofício, declarar a sentença nula, nos termos do voto do Relator.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCESSO: 2012.017336-2 - CLASSE: APELAÇÃO CÍVEL - ORDINÁRIO
RELATOR: DES. FERNANDO MAURO MOREIRA MARINHO
ÓRGAO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 10/07/2012

DIREITO PÚBLICO SANITÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS. DANOS MORAIS E MATERIAIS. NEGLIGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. É da competência da Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas em que servidores públicos pleiteiam indenização por danos materiais e morais sofridos em decorrência dos serviços prestados como agentes de saúde, no combate à Malária. 2. Compete à Administração Pública oferecer aos servidores os equipamentos de proteção individuais obrigatórios a quem exerce função que está diretamente ligada a manipulação de inseticidas e pesticidas. 3. Evidenciado o nexo de causalidade entre a negligência da parte ré, que deixou de efetuar os cuidados necessários para com os seus funcionários que trabalhavam expostos diretamente a inseticidas e pesticidas, e os danos morais sofridos pelos servidores, ainda que transitoriamente, estes hão de serem indenizados. 4. O valor da indenização por dano moral deve ser arbitrado de maneira a oportunizar ao lesado um abrandamento da sua dor psíquica, sem com isso, produzir-lhe o enriquecimento sem causa. Por outro lado, deve desempenhar reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a ocorrência de novos episódios. 5. Tratando-se de indenização por danos morais, é pacífico o entendimento de que a incidência de correção monetária inicia-se a partir do arbitramento da quantia. 6. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, para as hipóteses de condenação em ações de responsabilidade extracontratual, os juros de mora incidem desde a data do evento danoso. Súmula 54 do STJ. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade afastar as preliminares e, no merito, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do Revisor.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS
PROCESSO: 2012.003071-8 - CLASSE: APELAÇÃO CÍVEL
RELATOR: NELMA TORRES PADILHA
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 13/08/2012

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADES EM RAZÃO DA IDADE. VEDAÇÃO. APLICABILIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E ESTATUTO DO IDOSO. RELATIVIZAÇÃO DO PACTA SUNT SERVANDA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO DE FORMA SIMPLES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ DA APELANTE. DANOS MORAIS NÃO COMPROVADOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. À UNANIMIDADE. CONCLUSÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 2012.003071-8, em que são partes litigantes, Bradesco Saúde S/A, como Apelante, e Maria Helena Alves Pinto, na qualidade de Apelado, ambos devidamente qualificados. ACORDAM os Desembargadores componentes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas,

à unanimidade de votos, em CONHECER do presente Recurso, para, no mérito, em idêntica votação, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, reformando a Sentença apenas para declarar a restituição, na forma simples, dos valores pagos a maior pela Apelada, bem como, afastar a condenação por danos morais, mantendo-se incólumes os demais ditames da Sentença. Participaram deste julgamento os Desembargadores Eduardo José de Andrade (Presidente), Nelma Torres Padilha (Relatora) e Klever Rêgo Loureiro.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
PROCESSO: APELAÇÃO 45008580200080600011
RELATOR: JUCID PEIXOTO DO AMARAL
ÓRGÃO JULGADOR: 6ª CÂMARA CÍVEL
COMARCA: FORTALEZA
PUBLICAÇÃO: 06/03/2012

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DE SEGURO. É INOPERANTE A CLÁUSULA QUE EXCLUI A RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA EM CASOS DE SUICÍDIO. APELO PROVIDO. 1. Os contratos de seguro estão submetidos ao Código de Proteção do Consumidor, devendo suas cláusulas estar de acordo com tal diploma legal, devendo ser respeitadas as formas de interpretação e elaboração contratuais, especialmente a respeito do conhecimento ao consumidor do conteúdo do contrato, a fim coibir desequilíbrios entre as partes, principalmente em razão da hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor. 2. Com efeito, no caso em tela, a seguradora negou o pagamento da cobertura securitária afirmando estar excluído o direito do recebimento do prêmio, tendo em vista que a morte do segurado não teria sido por doença ou acidental, e sim, conforme consta em sua negativa administrativa, por configuração de "conduta culposa do sinistrado, por abuso de produto químico (dolantina), configurando-se suicídio. 3. O suicídio premeditado deve ser provado, cumprindo à seguradora, verificado a ocorrência desta modalidade de óbito, o ônus de provar a premeditação do auto-extermínio, e não ao beneficiário provar a não premeditação, incidindo, na espécie, a Súmula 61 do STJ. 4. Recurso conhecido e provido.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
PROCESSO: APELAÇÃO 19808732005806000011
RELATOR: JUCID PEIXOTO DO AMARAL
ÓRGÃO JULGADOR: 6ª CÂMARA CÍVEL
COMARCA: FORTALEZA
PUBLICAÇÃO: 05/03/2012

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. MIGRAÇÃO DE PLANO. MESMA EMPRESA. NOVO PRAZO DE CARÊNCIA. INPOSSIBILIDADE. DOENÇA PREEXISTENTE. 1. A migração de um modelo de plano de saúde para outro, com cobertura ampliada, com a mesma empresa prestadora do serviço, não afasta o dever da seguradora de cumprir com o

pagamento das coberturas contratadas, porque o segurado não está obrigado ao cumprimento de novo prazo de carência. (TJPE 401120, Rel. Adalberto de Oliveira Melo, Jul. 26/01/2011, 2ª Câmara Cível, Pub. 29/01/2011). 2. Compete às seguradoras de plano de saúde avaliarem previamente os proponentes. 3. Apelo conhecido e não provido.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO
PROCESSO: 0241602011
RELATOR: JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF
PUBLICAÇÃO: 04/05/2012

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. PLANO DE SAÚDE. RECUSA NO FORNECIMENTO DE MATERIAL PARA TRATAMENTO DE ENFERMIDADE DO CONTRATADO. PREJUÍZOS CONFIGURADOS. DANOS MORAIS E MATERIAIS EXISTENTES. I - Cuidando-se de assistência à saúde, a autonomia da vontade é limitada e regulada por lei federal, que estabelece os parâmetros e as condições mínimas a serem observados por todo e qualquer plano de saúde, exatamente para resguardar o direito à vida, à saúde e ao bom tratamento físico e mental do indivíduo, bens indisponíveis e de relevância. II - Configura dano moral a recusa indevida do plano de saúde quando do fornecimento de material prescrito pelo médico para tratamento do paciente. III - Existem danos materiais se devidamente comprovados por meio de documentos, sendo que devem ser pagos em dobro quando caracterizada hipótese do parágrafo único do art. 42 do CDC.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
PROCESSO: 20020120665985001
RELATOR: GENÉSIO GOMES PEREIRA FILHO
ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA SEÇÃO ESPECIALIZADA CÍVEL
JULGAMENTO: 19/06/2012

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. Tratamento não autorizado pela cooperativa de trabalho médico - Alegação de que o Sistema Único de Saúde realiza o procedimento - Irrelevância - Aplicação do CDC - Direito à Vida e à Saúde - Garantia Constitucional - Desprovimento do agravo. - As regras contratuais devem ser atenuadas quando se trata de contratos de adesão, cujas cláusulas gerais diminuem sensivelmente a aplicação e o respeito ao enunciado da autonomia da vontade e aos que dele derivam em razão das peculiaridades destes contratos de massa. Daí que, reduzida a força vinculativa das cláusulas contratuais, cabe ao juiz interpretá-las de acordo com os princípios da boa-fé, a fim de que a execução do contrato satisfaça as exigências mínimas de justiça, sobretudo, em se tratando de um plano de saúde que deveria estar atendendo as necessidades de seu segurado acometido de doença bastante grave.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
PROCESSO: 20020110193600001
RELATOR: ALUIZIO BEZERRA FILHO

ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CAMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 07/02/2012

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. AMBIENTE. Ruídos provocados pelas câmaras frigoríficas Na decisão liminar, ficou constatado que o laudo emitido pela SEMAN é contraditório na medida em que foi quantificado o ruído com o equipamento desligado f1.92 e na conclusão administrativa foi considerado o ruído provocado pelas máquinas em atividade1. - Vale salientar que nada impede que no decorrer do processo principal, o agravante solicite realização de novo laudo e prove que respeita as condições estabelecidas na lei ambiental. Segundo o STJ, a poluição sonora, mesmo em área urbana, mostra-se tão nefasta aos seres humanos e ao meio ambiente como outras atividades que atingem a sadia qualidade de vida, referida no art. 225, caput, da Constituição Federal. O direito ao silêncio é uma das manifestações jurídicas mais atuais da pós-modernidade e da vida em sociedade, inclusive nos grandes centros urbanos. O fato de as cidades, em todo o mundo, serem associadas à ubiqüidade de ruídos de toda ordem e de vivermos no país do carnaval e de inumeráveis manifestações musicais não retira de cada brasileiro o direito de descansar e dormir, duas das expressões do direito ao silêncio, que encontram justificativa não apenas ética, mas sobretudo fisiológica.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
PROCESSO: 01720110000100001
RELATOR: FREDERICO MARTINHO DA NÓBREGA COUTINHO
ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 03/04/2012

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. LICENÇA DE FUNCIONAMENTO. DISTÂNCIA MÍNIMA. ART. 79, DA LEI ESTADUAL N° 7.668/04. INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA. ENTENDIMENTO SUMULADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. - 0 limite geográfico resguardando-se a distância mínima de 500 quinhentos metros, contados a partir do estabelecimento com registro mais antigo no órgão de controle Sanitário Estadual viola e atinge o exercício da livre concorrência, sendo uma manifestação do princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica privada. - Mantém-se a decisão que concedeu a segurança, quando há a comprovação do direito líquido e certo da parte impetrante, negando-se provimento à Remessa Oficial.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ
PROCESSO: 201000010028532 - CLASSE: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
RELATOR: FERNANDO CARVALHO MENDES
ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO
JULGAMENTO: 05/07/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE/MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. FEDERALISMO/VIGILÂNCIA SANITÁRIA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. EXORBITAÇÃO DA COMPETÊNCIA. CONTROLE EPIDEMIOLÓGICO E SANITÁRIO. MATÉRIA QUE NÃO REPRESENTA INTERESSE LOCAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE SAÚDE PÚBLICA PREVISTO NA CE. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL VERIFICADA. AÇÃO PROCEDENTE. 1. O caso em apreço cuida-se de controle posterior concentrado de constitucionalidade exercido sobre comando normativo expresso em lei municipal contestado em face da Constituição Estadual. 2. É de fácil percepção que o aludido artigo alargou a matéria cuja regulamentação foi indicada pelo Executivo municipal. Por mais louváveis que possam ter sido as intenções dos senhores vereadores de Uruçuí-PI, cujo intento certamente objetivou o fomento e a facilitação de atividade cultural largamente difundida na região, o texto impugnado padece de vício de ordem formal, tendo em vista que, ao dispensar a realização do exames clínicos dos animais, editou norma sobre matéria estranha à sua iniciativa legislativa, i.e., sobre defesa da saúde pública, cuja atribuição, repita-se, é de iniciativa concorrente da União e do Estado. 3. O art. 5º da Lei Municipal n. 586/2010, ao descartar a necessidade da realização de exames clínicos em animais provindos da região, viola regras e comandos jurídicos constitucionalmente tutelados no que se refere aos ditames de vigilância agropecuária, controle de fiscalização sanitária animal e saúde pública. 4. A negativa de exames clínicos em animais, na forma determinada pela lei apreciada, poderá causar danos à saúde pública da região, notadamente, diante do risco de surto epidemiológico, o que vai de encontro às diretrizes estabelecidas pelo regramento constitucional. 5. Ação julgada procedente. Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os componentes do Egrégio Tribunal Pleno, do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, à unanimidade, e em consonância com o Parecer Ministerial Superior, em conhecer da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º, da Lei n; 586/10 de 09 de abril de 2010, do Município de Uruçuí – PI.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE
PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO 1501/2011
RELATOR: ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO
COMARCA: ITABAIANINHA
JULGAMENTO: 13/08/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FEDERALISMO. MUNICÍPIO DISTINTO DO QUAL RESIDE O PACIENTE. Cabe ao cidadão optar dentre os entes públicos qual o que deve lhe prestar assistência à saúde, pois todos são legitimados passivos para tanto, nos termos do art. 196, da CF. Todavia, não é possível ajuizamento de demanda em face de município distinto de onde reside o paciente, por não ser razoável que um município tenha que custear o tratamento daqueles que moram fora do seu território, sob pena de comprometer seu orçamento.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE
PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL Nº 11415/2011
RELATOR: SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA
ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA VARA CIVEL DE ITABAIANA
JULGAMENTO: 13/08/2012)

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. AMBIENTE. Omissão do ente municipal que não exerceu o dever-poder de promover a adequada fiscalização do uso do solo urbano - danos ambientais. Pocilga que funcionou de maneira irregular e em local próximo a escola municipal - por aproximadamente 20 anos. Responsabilidade civil indireta do município de Itabaiana/se que se configura - ente público municipal que não atuou no sentido de impedir atividades que ocasionaram danos ambientais e impuseram riscos à saúde da comunidade. Quantum indenizatório por danos ambientais fixados de modo percuciente. Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE
PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL Nº 5440/2012
ÓRGÃO JULGADOR: DÉCIMA QUINTA VARA CÍVEL
RELATOR: JOSÉ DOS ANJOS
JULGAMENTO: 07/08/2012

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. Ação de reparação por danos morais. Gestante diagnosticada com o virus hiv no momento do parto. Apelada deixou de informar que o exame poderia estar errado e que deveria ser feito um novo para confirmação, sendo o protocolo aplicado apenas como medida de precaução para o caso de ser o resultado positivo. Indenização devida. Recurso conhecido e provido - decisão unanime.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL Nº 2011.007059-9
RELATOR: ARI JORGE MOUTINHO DA COSTA
COMARCA: MANAUS
JULGAMENTO: 25/06/2012

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ATENDIDOS OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. 1 – A operadora do plano de saúde responde pelos danos causados ao consumidor em virtude da falha na prestação do serviço, salvo se demonstrar que agiu com diligência, que o defeito inexiste ou a culpa é exclusiva de terceiro ou do próprio consumidor. 2 - No caso específico, presente o dever ao ressarcimento, eis que é fato incontroverso o prejuízo causado ao esposo da Apelada e suas consequências. 3 – Com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, o valor arbitrado se revela moderado e se amolda ao conceito de justa reparação. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 2011.007059-9, de Manaus (AM), em

que são partes as acima indicadas, ACORDAM, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores que compõem a Terceira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, por unanimidade de votos e em harmonia com o parecer do Ministério Público, conhecer do recurso de apelação, para negar-lhe provimento. PUBLIQUE-SE.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
PROCESSO: 2011.005257-7 - CLASSE: APELAÇÃO CÍVEL
RELATOR: ARISTÓTELES LIMA THURY
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 28/05/2012

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. PLANO DE SAÚDE. PESSOA IDOSA. - Na sentença de procedência da Ação, ocorre a confirmação tácita dos efeitos da tutela antecipada. - Expor pessoa de avançada idade à negativa de tratamento médico sob a justificativa de cumprimento do Plano de Saúde gera dano moral passível de ressarcimento. - Trata-se de atendimento essencial à saúde e à vida do usuário e contratante do plano de saúde, portanto direito garantido pela Constituição Federal, pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Estatuto do Idoso. - Reconheço a existência de honorários advocatícios em razoável arbítrio. - Recurso de Apelação conhecido e desprovido. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível de nº 2011.005257-7, em que são partes as acima nominadas, ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes desta Egrégia Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, em consonância com o parecer do Graduado Órgão Ministerial de fls. 546/656, por unanimidade de votos, em conhecer o recurso para lhe negar provimento, nos termos do voto do relator.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ
PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2010.3.011437-0
RELATOR: GLEIDE PEREIRA DE MOURA
ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL ISOLADA
JULGAMENTO: 06/08/2012

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. REDE DE FARMÁCIAS QUE POSSUEM MAIS DE UM LABORATÓRIO PARA ATENDER AS FILIAIS. CAPTAÇAO DE RECEITAS PELAS FILIAIS. POSSIBILIDADE. ART. 36, § 2º DA LEI N. 5.991/73 RECURSO IMPROVIDO. I - No caso em tela verifica-se que a Farmácia Agravada não possui apenas um laboratório para atender as suas filiais; pois muitas destas possuem laboratórios próprios. Contudo, a rede de farmácias dispõe de um laboratório central, o qual faz a manipulação daqueles medicamentos que demandam maior complexidade. II O art. 36, § 2º da Lei n. 5.991/73 afirma que: É vedada às farmácias que possuem filiais a centralização total da manipulação em apenas 1 (um) dos estabelecimentos. O que não se constata na empresa Agravada, pois não

possui apenas um único laboratório; fato que permite a captação de receitas pelas filiais. III Recurso conhecido e improvido. ACÓRDÃO. Os Excelentíssimos Desembargadores, componentes da 1ª Câmara Cível Isolada do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade, negaram provimento ao recurso nos termos do voto da Desembargadora

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ
PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL Nº 2009.3.008.356-0
RELATORA: GLEIDE PEREIRA DE MOURA
ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL ISOLADA
JULGAMENTO: 06/08/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. MANDADO DE SEGURANÇA PARA RECEBIMENTO DE AJUDA DE CUSTO MENSAL PARA TRATAMENTO DE SAÚDE FORA DO MUNICÍPIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA POR INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INSUFICIÊNCIA DE DOCUMENTOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1 - A definição de direito líquido e certo está intimamente relacionada à necessidade de prova pré-constituída, ou seja, prova documental que se produz juntamente com a inicial, sem que se permita dilação probatória, pois esta não se coaduna com a celeridade de que se deve revestir o procedimento da ação mandamental. 2 - O impetrante não produziu a prova necessária para a comprovação de seu direito, deixando de cumprir com o requisito da prova pré-constituída exigido pelo art.3 - Para que o paciente ingresse no regime do TFD, é necessário que haja um processo, iniciado por pedido formalizado pelo médico que o assiste, mediante autorização de uma comissão, onde fique comprovada a necessidade de deslocamento do paciente para outro município, a fim de se submeter ao tratamento de que necessita, bem como de se fazer acompanhar por terceira pessoa, mediante indicação médica devidamente justificada. 4 - O impetrante juntou, tão-somente, cópias de alguns recibos de pagamento da ajuda de custo de R$ 150,00 por ele recebida durante alguns meses de 2005 e 2006, laudo médico onde se atesta a doença do paciente e a necessidade de submeter-se a 3 (três) sessões semanais de hemodiálise e, por fim, cópia da ficha de acompanhamento da doença do paciente. Em nenhum desses documentos observa-se qualquer registro de que o tratamento do paciente deveria ser feito em Belém, além de não haver nenhum encaminhamento médico do paciente para Belém. Da mesma forma, inexiste nos autos qualquer documento que ateste a necessidade de acompanhante para o paciente, conforme requer o art. 7º da Portaria nº 55/1999, razão pela qual se pode afirmar que o impetrante, ora apelante, não juntou todos os documentos necessários para a comprovação de seu direito, que precisa ser, por força de lei, pré-constituída. 5 - Inexistente a prova pré-constituída, inexiste o direito líquido e certo, que deve ser entendido aquele direito cuja existência e delimitação são claras e passíveis de demonstração documental. Inexistente o direito líquido e certo

do impetrante, condição da ação mandamental, equiparável ao interesse de agir, o impetrante é carecedor do direito de ação. 6 Recurso conhecido e improvido. ACÓRDÃO. Acordam os Excelentíssimos Desembargadores, componentes da 1ª Câmara Cível Isolada do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade, em conhecer do recurso, negando-lhe provimento, nos termos do voto relator.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ
PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL Nº 2012.3.006302-0
RELATOR: CLÁUDIO AUGUSTO MONTALVÃO NEVES
COMARCA: BELÉM
JULGAMENTO: 30/07/2012

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. DANO MORAL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA DE TRATAMENTO POR MEIO DO MÉTODO OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO À UNANIMIDADE. I. Cumpre mencionar que a boa fé objetiva e os seus deveres anexos de conduta geram uma presunção legal e principiológica que milita em favor do consumidor. II. Como se sabe, a atividade securitária objeto dos autos está abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor, consoante disposição do artigo 3º, § 2º, devendo suas cláusulas obedecer às regras dispostas na legislação consumerista, com a finalidade de evitar eventuais desequilíbrios entre as partes, especialmente em virtude da hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor. III. Os recorridos aderiram ao plano de saúde sem que fosse dada a oportunidade de discutir as normas insertas naquele documento. Por conta disso, esse tipo de contrato não pode ser interpretado na forma clássica da autonomia de vontade, sob a ótica do princípio do pacta sunt servanda, devendo preponderar acima dos interesses estritamente mercantilistas da empresa recorrente, o direito fundamental da apelada à saúde e à sua integridade física, de assento constitucional, reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana (CR, art. 1º, III). IV. Não se olvide que, em se tratando de cláusulas ilegais, ainda que delas o consumidor venha a tomar conhecimento, sua convalidação jamais ocorrerá, podendo como tais ser declaradas nulas a qualquer tempo. O decurso do tempo não tem o condão de torná-las válidas e legítimas. V. O c. STJ já pacificou entendimento no sentido de que há direito ao ressarcimento do dano moral oriundo da injusta recusa de cobertura securitária médica, pois esta conduta agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, já fragilizado em virtude da doença (AgRg nos EDcl no REsp 1236875/RS). VI. Recurso conhecido e improvido à unanimidade. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível. ACORDAM os Exmos. Desembargadores que integram a egrégia 2ª Câmara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator. Este julgamento foi presidido pela Exmª. Desª. Célia Regina de Lima Pinheiro.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ
PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 20113004434-4
RELATOR: JOSÉ MARIA TEIXEIRA DO ROSÁRIO
COMARCA: SÃO MIGUEL DO GUAMÁ
JULGAMENTO: 26/07/12

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. AMBIENTE. PROBLEMÁTICA DO LIXO. PERICULUM IN MORA INVERSO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. O Ministério Público Estadual promoveu a competente Ação Civil Pública em face da Prefeitura Municipal de São Miguel do Guamá (PA), em virtude de não existir na municipalidade local adequado para depósito de resíduos sólidos, ocasionando, assim, dano ambiental e colocando em risco a saúde da população. 2. Constata-se que razão não assiste à Agravante, até porque, no próprio teor da decisão atacada, o Douto Juízo de piso, oportunizou o depósito de resíduos sólidos em local adequado, até que seja implementado o aterro sanitário. 3. Atinente ao periculum in mora, razão não assiste à Agravante ao afirmar que o pagamento da multa acarretará diminuição do erário público. Decerto que, somente ocorrerá tal penalidade se a Agravante descumprir ordem judicial.Em verdade, ocorre no caso em testilha o periculum in mora inverso, haja vista que quem está em risco iminente é o meio ambiente e a própria população que tem convivido diariamente em meio ao lixo, tornando-se passível de contrair doenças, além do que poderão ocorrer danos irreparáveis ou de difícil reparação, caso tal situação se propague ao longo do tempo. 4. Recurso conhecido e improvido. Acordam, os Senhores Desembargadores componentes da 3° Câmara Cível Isolada, por unanimidade, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, por não entender presentes as hipóteses previstas nos arts. 527, II e 558, do Código de Processo Civil, mantendo integralmente decisão agravada. Sala de Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos vinte e seis dias do mês de julho do ano de 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA
PROCESSO: 0004366-79.2012.8.22.0000 - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
RELATORA : DUÍLIA SGROTT REIS
JULGAMENTO: 03/07/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FEDERALISMO. LEITO DE UTI. ATENDIMENTO DE MÉDIA E ALTA COMPLEXIDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. 1. Inexistindo argumentos capazes de abalar a fundamentação da decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento, haja vista que as razões estão em confronto com jurisprudência dominante no âmbito desta Corte e dos Tribunais Superiores, impõe-se o não provimento do agravo regimental. 2. O serviço de saúde deve ser prestado de forma integral e organizada entre os entes públicos, sem que os cidadãos sofram com qualquer tipo de embaraço burocrático na sua disponibilização. 3. Em sendo pacífico na jurisprudência que a competência constitucional na promoção da

saúde é de responsabilidade solidária entre a União, o Estado e o Município, carece de fumus boni iuris o agravo de instrumento interposto para obrigar o Estado a fornecer, exclusivamente, vaga em leito de UTI. ACÓRDAO. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da 2ª Câmaras Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas em, POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA
PROCESSO: 0004169-27.2012.8.22.0000 - AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA
RELATOR: JUIZ JORGE LUIZ DOS SANTOS LEAL
JULGAMENTO: 15/06/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE. ILEGITIMADADE PASSIVA. O Secretário de Estado da Saúde é parte ilegítima para figurar no polo passivo de mandado que objetiva a dispensa de medicamento. Havendo autoridade certa e determinada para a prática do ato, extingue-se o processo sem resolução de mérito (art. 267, I, do CPC), para permitir a propositura de nova ação constitucional com a indicação da verdadeira autoridade coatora e foro competente. ACÓRDAO. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da Câmaras Especiais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas em, POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO NOS TERMOS DO 0004169-27.2012.8.22.0000.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA
PROCESSO: 0130991-97.2008.8.22.0001 APELAÇÃO
RELATOR: SANSÃO SALDANHA
JULGAMENTO: 22/05/2012

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. INADEQUADA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. É devida a indenização por danos materiais e morais ao associado da UNIMED, a quem foram negadas as autorizações médicas para que tivesse continuidade o tratamento de saúde do qual necessita, se ele preenchida os pressupostos contratuais. A responsabilidade civil está caracterizada. O valor da condenação é suficiente para o equilíbrio da reparação. Recursos não providos. ACÓRDAO. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas em, POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECER DO AGRAVO RETIDO E NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA
PROCESSO: 0010028-71.2010.8.22.0007 - AGRAVO REGIMENTAL EM REEXAME NECESSÁRIO

RELATOR: GILBERTO BARBOSA
JULGAMENTO: 15/05/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FÁRMACO QUE NÃO ESTÁ ELENCADO NA LISTAGEM DO SISTEMA DE SAÚDE. MANDAMUS VIA IMPRÓPRIA. OFENSA À DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CARACTERIZADA. 1. O mandado de segurança não é a via adequada para análise de controvérsia relacionada à obrigatoriedade pública de fornecer os medicamentos pleiteados se, para tanto, faz-se necessária a dilação probatória. 2. Imperioso para o fornecimento de medicamento fora da relação do SUS que o impetrante, com a inicial, demonstre ser o fármaco postulado o mais recomendado para o tratamento indicado, bem como a ineficiência dos que são disponibilizados pelo ente público, ou que deles já tenha o paciente se utilizado sem alteração do quadro clínico. 3. Não comprovada a impossibilidade de substituição e havendo a oferta de medicamento similar, não pode o Estado ser obrigado a prover droga específica e não constante da sua listagem. 4. Agravo regimental não provido. ACÓRDAO. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da 2ª Câmaras Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas em, POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCESSO: 0017767-93.2009.8.26.0565
RELATOR: JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES
ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
COMARCA: SÃO CAETANO DO SUL
JULGAMENTO: 14/08/2012

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE GENERAL MOTORS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. A manutenção de um grupo separado para os planos de saúde dos empregados inativos constitui afronta à lei que rege os planos de saúde Inteligência do art. 31 da lei 9.656/98 O contrato celebrado entre Sul América e GM para assistência de saúde dos empregados desta visa afastar a aplicação da lei 9.656/98, o que não é possível, porquanto a lei regula todos os contratos de assistência suplementar à saúde Termos do contrato permitem classificá-lo como de Plano Privado de Assistência à Saúde do art. 1º, I, da Lei 9.656/98, porquanto atende a todos os requisitos Possibilidade de cálculo do valor subsidiado pela GM Obrigação de manutenção do empregado inativo no mesmo plano, pagando provisoriamente o valor atualmente pago pelos empregados ativos, até que sejam apresentados os valores subsidiados, quando então deverá arcar com o valor integral Recurso parcialmente provido.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCESSO: 0142853-14.2009.8.26.0100
RELATOR: NEVES AMORIM
ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

COMARCA: SÃO PAULO
JULGAMENTO: 14/08/2012

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE - RECUSA DE COBERTURA DE TRATAMENTO ONCOLÓGICO PELA TÉCNICA DE "RADIOTERAPIA DE INTENSIDADE MODULADA" (IMRT), SOB A ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO EXPERIMENTAL, FORA DO ROL DE INDICAÇÕES OBRIGATÓRIAS DA ANS INADMISSIBILIDADE AUSÊNCIA DE CLÁUSULA EXPRESSA DE EXCLUSÃO APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCESSO: 0016675-19.2004.8.26.0157 - APELAÇÃO
RELATOR: NEVES AMORIM
ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
COMARCA: CUBATÃO
JULGAMENTO: 14/08/2012

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE - RECUSA DE COBERTURA DE CIRURGIA E RESCISÃO CONTRATUAL SOB A ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEXISTENTE - AUSÊNCIA DE EXAME ADMISSIONAL - FALTA DE PROVAS DE QUE HOUVE MÁ-FÉ DO BENEFICIÁRIO - NEGLIGÊNCIA DA RÉ AO NÃO EXIGIR O EXAME PRÉVIO À CONTRATAÇÃO DO PLANO, SENDO RESPONSÁVEL PELO RISCO DO NEGÓCIO POR ELA ASSUMIDO - DEVER DE INDENIZAR - OCORRÊNCIA - DANO CONSTATADO - ABALO PSICOLÓGICO CONFIGURADO - JURISPRUDENCIA DOMINANTE - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCESSO: 0001723-16.2012.8.26.0008 - APELAÇÃO
RELATOR: RUI CASCALDI
ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
COMARCA: SÃO PAULO
JULGAMENTO: 14/08/2012

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE - Recusa de cobertura das despesas médicas de paciente que sofreu um AVC, sob o argumento de que ainda não havia transcorrido o prazo de carência Situação, no entanto, de emergência configurada, diante do diagnóstico Lei nº 9.656/98 que garante sem restrições a internação nos casos de urgência ou emergência Resolução do CONSU (que limita o tratamento ao período de 12 horas), que não pode contrariar o texto da lei que visa regulamentar Despesas que deverão ser custeadas pelo plano de saúde. Sentença mantida - Recurso desprovido.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCESSO: 0001823-70.2009.8.26.0009 - APELAÇÃO
RELATOR: RUI CASCALDI
ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
COMARCA: SÃO PAULO
JULGAMENTO: 14/08/2012

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. PLANO DE SAÚDE. Remoção e internação em hospital especializado Inexistência de vaga em hospital credenciado pela ré Hipótese em que esta não prestou a cobertura contratada Internação que acabou se dando em hospital público cuja vaga foi obtida em razão da intervenção dos próprios funcionários do nosocômio onde a autora se encontrava internada Estado de saúde da autora que era gravíssimo e não permitia que se perdesse mais tempo ainda aguardando vaga em hospitais conveniados da ré ou internação em pronto socorro como proposto - Comportamento abusivo da ré e que extrapola o simples descumprimento de cláusula contratual ou a esfera do mero aborrecimento, colocando em risco a sobrevivência da autora, menor de tenra idade - Fato que acarreta dano moral Indenização devida Valor reduzido - Recurso provido em parte.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCESSO: 0031095-61.2004.8.26.0114 - APELAÇÃO
RELATOR: MOREIRA DE CARVALHO
ÓRGÃO JULGADOR: NONA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
COMARCA: CAMPINAS
JULGAMENTO: 15/08/2012

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. Doação de sangue Submissão a exame laboratorial HIV. Falso positivo. Realização de exame posterior com resultado negativo Ciência prévia de possibilidade de equívoco no primeiro exame Procedimento padrão observado Ausência de demonstração de conduta capaz de causar constrangimento à apelante Inexistência de falha no serviço Ausente o dano moral Indenização indevida Sentença mantida Recurso desprovido.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCESSO: 0013939-16.2011.8.26.0114 - APELAÇÃO
RELATOR: RUI CASCALDI
ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
COMARCA: CAMPINAS
JULGAMENTO: 14/08/2012

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. Descredenciamento de clínica durante tratamento oncológico Alegação de que esta teria pedido o descredenciamento Irrelevância Reembolso diretamente ao médico que nesta trabalha Fato que impede o paciente de se utilizar das instalações para dar continuidade a seu tratamento Hipótese em que este demanda acompanhamento

intensivo durante todas as suas etapas Requisitos do art. 17 da Lei nº 9.656/98, ademais, não cumpridos Prévia comunicação aos consumidores e à ANS não comprovada Obrigação de cobertura das despesas realizadas na clínica descredenciada - Recurso desprovido.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO 1.0480.12.002727-5/001
RELATOR: VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE
ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 07/08/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO. LAUDO MÉDICO JUSTIFICANDO A OPÇÃO PELO FÁRMACO - ALTERNATIVAS INEFICAZES - PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS - FORNECIMENTO DE VITAMINA "E" - TRATAMENTO ALTERNATIVO POR DIETA - AUSÊNCIA DE QUAISQUER ESCLARECIMENTOS QUANTO A NECESSIDADE DE USO DO SUPLEMENTO - AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS - RECURSO PROVIDO EM PARTE. Os pressupostos autorizadores da concessão de tutela antecipada no processo de conhecimento se revelam presentes na hipótese em que o provisionamento antecipado do medicamento pleiteado na inicial representa medida indispensável no caso concreto. Nesse contexto, havendo laudos médicos circunstanciados atestando que a medicação é a única que promove o adequado controle da moléstia, evidencia-se a verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano. Por outro lado, havendo firme demonstração de que há alternativa terapêutica ao suplemento pleiteado pelo paciente e na ausência de quaisquer esclarecimentos que permitam evidenciar sua necessidade no caso concreto, é inviável o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela em desfavor do Município, na medida em que ausente a prova inequívoca, apta a convencer da verossimilhança da alegação.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO 1.0145.12.023685-9/001
RELATOR: VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE
ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 07/08/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO. ATENÇÃO ESPECIALIZADA EM SAÚDE OFTALMOLÓGICA. CENTROS DE REFERÊNCIA EM OFTALMOLOGIA. APARENTE RESPONSABILIDADE DO ESTADO. AUSÊNCIA DO FUMUS BONI IURIS. LIMINAR INDEFERIDA. DECISÃO REVOGADA. - O fumus boni iuris, pressuposto exigível para a concessão de liminar em mandado de segurança, se revela ausente na hipótese em que o impetrante pretende o fornecimento de medicamentos destinados ao tratamento de moléstia oftalmológica em face do Município, uma vez que o Estado presta atendimento especializado na área, por meio dos Centros de Referência em Oftalmologia. A saúde é caracterizada como "direito de todos e

dever do Estado" (art. 196, CR/88), mas as políticas públicas pertinentes devem ser observadas na medida do viável e do razoável, uma vez que viabilizam a própria prestação do direito.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO 1.0878.12.001111-8/001
RELATOR: ARMANDO FREIRE
ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 07/08/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. REQUISIÇÃO DE REALIZAÇÃO DE CIRURGIA BARIÁTRICA (REDUÇÃO DE ESTÔMAGO) ATRAVÉS DO SUS, POR PACIENTE PORTADOR DE OBESIDADE MÓRBIDA - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CABAL DO RISCO DE MORTE - NECESSIDADE DE RESPEITO À FILA DE ESPERA DO SUS, SOB PENA DE OFENSA AOS DIREITOS DE OUTROS PACIENTES QUE TAMBÉM AGUARDAM PELO MESMO PROCEDIMENTO - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC - RECURSO PROVIDO. Ainda que possa ser reconhecido o direito do autor, portador de obesidade mórbida e carente de recursos, de obter, ou de ver custeada, através da rede pública, a realização de cirurgia bariátrica para a melhora do seu estado de saúde, a concessão da tutela antecipada na ação ordinária por ele ajuizada para esse fim requer também a demonstração da existência do risco de que a não realização imediata da referida intervenção cirúrgica poderá tornar inócua a sentença a ser concedida ao final da demanda. A par disso, em atenção às diretrizes da Política de Saúde Pública traçadas para situações como a que se colhe no recurso, não se justifica o atendimento em caráter especial e preferencial, em sede de antecipação dos efeitos de uma tutela ainda envolta em questionamentos relevantes.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCESSO: 014129000270 - CLASSE: AGRAVO DE INSTRUMENTO
RELATOR : NAMYR CARLOS DE SOUZA FILHO
ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 07/08/2012

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PRETENSÃO DE COBERTURA PELO PLANO DE SAÚDE DO PROCEDIMENTO MÉDICO DESTINADO À REVISÃO DA PRÓTESE NASAL ANTERIORMENTE COLOCADA. AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DA ADEQUAÇÃO CONTRATUAL DA PRETENSÃO E DA SUA URGÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. I. A Lei nº 9.656/98 instituiu padrões distintos de Planos ou Seguros de Saúde a serem ofertados aos consumidores, de modo que, a análise da legitimidade da pretensão do consumidor de adequação de determinado procedimento aos limites do risco contratado encontra-se balizada, em regra, nas disposições do Contrato celebrado. A ausência do Instrumento Contratual firmado entre as partes, bem como de documentos justificadores da suposta negativa, inviabiliza a

averição da verossimilhança da alegação, porquanto, malgrado a prescrição do procedimento cirúrgico pelo médico especializado evidencie a necessidade da sua realização, tal circunstância, por si só, não é suficiente para impor à Operadora o dever de prestar cobertura integral pelas aludidas despesas. II. As exceções à adstrição dos serviços afetos aos Planos de Saúde aos limites da cobertura cobertura contratual, traduzidas nos atendimentos classificados como urgentes e emergentes, nos termos do artigo 35-C, da Lei nº 9.656/1998, não se encontram evidenciadas na espécie, porquanto o procedimento médico pretendido não restou qualificado como indispensável à sobrestar o risco imediato de vida ou de lesão irreparável ao paciente. III. Recurso conhecido e desprovido, com a preservação do decisum vergastado. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da Sessão, que integram este julgado, por unanimidade dos votos, conhecer e negar provimento ao recurso.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCESSO: 035119006019 - CLASSE: APELAÇÃO CÍVEL
RELATOR : ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON
ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 07/08/2012

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. ALEGAÇÃO NÃO COMPROVADA DE QUE O PLANO DE SAÚDE NÃO COBRIU AS DESPESAS HOSPITALARES DO INTERNADO - INADIMPLÊNCIA DO DEVEDOR NÃO COMPROVADA - AUSÊNCIA DE EXIGIBILIDADE DO TÍTULO DE CRÉDITO - TÍTULO INÁBIL A INSTRUIR A PRETENSÃO EXECUTIVA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1 - Segundo já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, é possível a investigação da causa debendi originária quando o cheque que embasa a execução foi emitido como garantia de despesas hospitalares, e não como ordem de pagamento à vista. 2 - Paciente que possuía plano de saúde, cujo médico vinculado recomendou sua remoção para um hospital que oferesse estrutura para o tratamento do qual necessitava, motivando a internação em hospital que exigiu cheque caução enquanto negociava com a operadora do plano de saúde. 3 - Não tendo o portador do cheque caução (o hospital) se desincumbido do ônus de comprovar a afirmada negativa do plano de saúde, o qual, inequivocamente, efetivou a transferência do paciente ao referido nosocômio, carece de exigibilidade o título objeto da execução, a qual deve, por isso, ser declarada nula. 4 - Recurso conhecido e provido. VISTOS, relatados e discutidos, estes autos em que estão as partes acima indicadas. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, na conformidade da ata e notas taquigráficas que integram este julgado, à unanimidade de votos, conhecer do presente recurso e DAR-LHE PROVIMENTO, para julgar procedente os embargos opostos, a fim de declarar nula a execução, condenando o apelado no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do voto proferido pelo E. Relator.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCESSO: 024060137247 - CLASSE: APELAÇÃO CÍVEL
RELATOR : ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON
ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 07/08/2012

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. - CIRURGIA DE ANGIOPLASTIA - NECESSIDADE DE COLOCAÇÃO DE PRÓTESE MECÂNICA - STENT REVESTIDO COM MEDICAÇÃO - ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA LIMITADORA - PRECEDENTES - PREVISÃO CONTRATUAL DE COBERTURA NO CASO DE INDICAÇÃO DA ABSOLUTA NECESSIDADE PELA EQUIPE MÉDICA - descumprimento contratual - inequívoco constrangimento e sofrimento - atraso cirurgia urgente - realização após decisão juidicial - dano moral - cabimento - quantum - juros moratórios - termo inicial - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1 - É entendimento jurisprudencial pacífico que, uma vez coberto o procedimento cirúrgico de angioplastia, mostra-se abusiva a cláusula contratual que exclui a cobertura do stent necessário ao sucesso da cirurgia. Precedentes do STJ. 2 - Hipótese em que a discussão não transpassa exclusivamente pela abusividade da cláusula contratual limitadora da prótese imprescindível para o êxito da cirurgia cardiáca (o que, por si só, já garantiria o êxito da demanda), mas se refere, principalmente, ao não cumprimento da cláusula contratual que prevê, expressamente, a cobertura de prótese mecânica no caso de necessidade absoluta indicada pela equipe de cirurgia, o que não foi observado. 3 - Segundo já decidiu o STJ, conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, aquela Corte "vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada" (REsp 986.947/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 26/03/2008). 4 - Inequívoco o constrangimento e, sobretudo, o sofrimento vivenciado pela paciente cuja cobertura contratual foi negada, impedindo a realização do procedimento cirúrgico urgente. 5 - Razoável a indenização fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais), porquanto, além de evidenciado o manifesto descumprimento contratual (e não simplesmente abusividade da cláusula), a urgente cirurgia cardíaca da paciente (idosa e diabética) atrasou três dias depois do previsto e somente se realizou, nesse prazo, após rápida decisão judicial liminar. 6 - Quanto ao termo inicial dos juros moratórios da indenização por dano moral, aplica-se, no caso de responsabilidade extracontratual, a data do evento danoso (Súmula nº 54 do STJ) e, no caso de responsabilidade contratual, a data da citação (art. 405 do CPC), ressalvado o entendimento pessoal do relator, para o qual esse entendimento somente se aplica às indenizações por dano material, computando-se a mora a partir do arbitramento da indenização por danos morais, quando é fixada a obrigação líquida e certa, em quantia

atual, proporcional e razoável, visando à satisfação da vítima e responsabilização do autor da lesão. Nada obstante, embora mantendo respeitosa mas convicta divergência - por entender que a aplicação da Súmula nº 54 do STJ, bem como do art. 405 do CC/2002, aos danos morais afronta a literalidade do art. 407 do CC/2002 (antigo art. 1.064) - adota-se a posição uniforme da Corte Superior responsável pela uniformização da interpretação do direito federal, o que se faz em harmonia aos princípios da igualdade e segurança jurídica. 7 - Recurso conhecido e parcialmente provido para, relativamente ao dano moral, estabelecer o termo inicial dos juros de mora a partir da citação, em face de sua natureza contratual, e correção monetária a partir do seu arbitramento por sentença. VISTOS, relatados e discutidos, estes autos em que estão as partes acima indicadas. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, na conformidade da ata e notas taquigráficas que integram este julgado, à unanimidade de votos, conhecer do presente recurso e DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, nos termos do voto proferido pelo E. Relator.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCESSO: 024110199833 - CLASSE: APELAÇÃO CÍVEL
RELATOR : ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA
ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 30/07/2012

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE SOLIDÁRIO. MUDANÇA NA FORMA DE MODELO CONTRIBUTIVO. ALTERAÇÃO QUE CONTRARIA OBJETIVO FUNDAMENTAL E IMUTÁVEL DA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. 1) A GEAP é entidade privada de previdência complementar, que também oferece aos seus participantes serviço de assistência à saúde (art. 76, LC nº 109/01). Referida Fundação conta com Estatuto próprio, que elege os objetivos primordiais da entidade, objetivos esses impassíveis de alteração (arts. 3º e 6º da norma estatutária). 2) Uma das finalidades inalteráveis da GEAP é justamente a oferta de "planos solidários de saúde", assim compreendidos aqueles em que o custeio é proporcional à remuneração do participante. No modelo contributivo solidário o servidor melhor remunerado contribui mais do que o servidor com renda diminuta (REsp nº 1.121.067/PR). 3) Concretizando o modelo contributivo solidário, o Regulamento do Plano "GEAPSaúde" estabelecia, originalmente, que os participantes suportariam contribuição mensal incidente sobre sua remuneração, em percentual fixo, inclusive com a possibilidade de acréscimo de dependentes, em número ilimitado. 4) Instituído o "GEAPSaúde" no modelo contributivo solidário, sobrevieram estudos técnicos apontando a impossibilidade de manutenção daquela forma de contribuição, sob pena de gerar desequilíbrio financeiro à entidade apelada. Os referidos estudos não deixavam dúvida quanto à necessidade de que as contribuições dos participantes fossem deveras readaptadas. Essa readaptação contributiva, entretanto, não poderia ferir o modelo de plano solidário (objetivo primordial e imutável da GEAP). 5) A Resolução nº 418/2008 acabou impondo

aos participantes do "GEAPSaúde" a desnaturação da solidariedade. As notas técnicas acostadas ao processo indicam que, para garantir o equilíbrio financeiro da GEAP, poderia a entidade ter optado pela adoção de outras medidas, como o aumento do percentual incidente sobre a remuneração dos participantes. Dentre as variadas opções, igualmente hábeis ao restabelecimento do equilíbrio financeiro e atuarial da entidade, optou o Conselho Deliberativo por adotar novo modelo de contribuição, com abandono da solidariedade. 6) A reformatação do modelo contributivo, com o desfazimento do custeio solidário, dependeria de prévia e regular alteração do Estatuto da entidade, que prescreve a inalterabilidade dos objetivos primordiais da GEAP. 7) No que concerne ao pedido de restituição das parcelas cobradas indevidamente, pondero que seu deferimento tem alto potencial lesivo para a entidade de previdência privada. Ademais, o aporte de recursos para a GEAP, decorrente da alteração irregular do modo de custeio do plano, sob certo aspecto teve o condão de beneficiar seus participantes, concretizando (ainda que de forma inadequada) o desejado equilíbrio atuarial. 8) Se a assistência médica foi prestada, a contraprestação pecuniária era devida, mas não no patamar em que fora cobrada dos servidores. Eventual restituição, nesse contexto, dependeria da elaboração de cálculo complexo: apuração da diferença entre o reajuste que se fazia indubitavelmente necessário e o montante cobrado dos participantes a maior. Contudo, nenhum dos litigantes formulou pedido de apuração desses valores. Importaria em prolação de decisão extra petita qualquer pronunciamento que ordenasse a feitura dos estudos matemáticos para posterior concessão de restituição aos servidores. 9) Apelo conhecido e parcialmente provido. ACORDA a Egrégia Quarta Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, à unanimidade, dar parcial provimento ao recurso.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCESSO: 006119001532 - CLASSE: AGRAVO DE INSTRUMENTO
RELATOR : ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA
ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 25/07/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTE. DEPENDENTE QUÍMICO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MPE. OBRIGAÇÃO OPONÍVEL AO PODER PÚBLICO. NECESSIDADE DE IMEDIATA INTERNAÇÃO. PROVA DOCUMENTAL. COGNIÇÃO SUMÁRIA. REDUÇÃO DO VALOR DAS ASTREINTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1) O conjunto probatório dos autos revela - sem olvidar a cognição sumária vertical ínsita às tutelas de urgência - que o pai de determinado adolescente carente bateu às portas do Ministério Público Estadual visando fosse garantida a internação do filho de 15 (quinze) anos de idade, dependente químico, em clínica médica especializada ante a omissão estatal em fazê-lo, o que deu ensejo ao ajuizamento da ação civil pública originária e o consequente da medida antecipatória ora hostilizada. 2) O Ministério Público Estadual ostenta legitimidade ativa para ajuizar ação

civil pública para tutelar tanto direitos individuais homogêneos quanto, como sói ocorrer, direito individuais indisponíveis, donde descabe cogitar de ausência de interesse de agir. 3) É absolutamente incontroversa a possibilidade de concessão da medida antecipatória em desfavor da Fazenda Pública, mesmo sem prévia oitiva do respectivo representante judicial, desde que a hipótese não esteja albergada dentre as enumeradas no art. 1º da Lei nº 9.494/97, cuja constitucionalidade já restou aferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC-4. 4) É direito de todos e dever do Estado (lato sensu) - assim limando a pretensa incompetência da Justiça Comum Estadual - assegurar aos cidadãos a saúde, adotando políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e permitindo o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, a teor do disposto nos arts. 6º e 196 da CF/88. A própria municipalidade agravante reconhece que o tratamento de dependentes químicos "é de competência conjunta da União, Estado e Município" (fls. 17). 5) Quanto à necessidade de imediata internação, há prova documental idônea, representada por guia de referência timbrada do Sistema Único de Saúde, em que profissional médico declara que o adolescente "necessita de intervenção com urgência" (fls. 53) e, em outra passagem, solicita "internação em clínica especializada" (fls. 57), sem embargo da circunstância de que o menor estaria, para além do uso de drogas, a comandar o tráfico local (fls. 54-v). 6) Parece excessivo apenas o valor fixado a título de astreintes. É que a municipalidade, a quem primordialmente imposto o fornecimento de tratamentos e de medicamentos `básicos", pode encontrar eventual dificuldade de promover a solução de aspectos acessórios da determinação judicial, incorrendo em elevada multa diária. À luz da razoabilidade, recomenda-se sua redução ao patamar de R$ 500,00 (quinhentos reais). Recurso parcialmente provido. ACORDA a Egrégia Quarta Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, à unanimidade, dar parcial provimento ao recurso.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PROCESSO: 920951-6
RELATOR: REGINA AFONSO PORTES
ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 15/08/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS. DESPACHO DECISÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Estado do Paraná, contra os termos da sentença de fls. 143/147, proferida nos autos de Ação Civil Pública nº 3142-64.2010.8.16.0123, que julgou procedente os pedidos na inicial, determinando que o Estado do Paraná, forneça gratuitamente o medicamento "Tegaserode" 6mg (ZELMAC), à Sra. Maria Aparecida Guindani, em quantidade compatível com a prescrição médica, sem prejuízo de alteração futura de acordo com a indicação terapêutica. Em suas razões recursais, às fls. 155/164, o Apelante sustenta que o Juízo *a quo* não abriu

oportunidade de produção de prova pericial, ocorrendo assim cerceamento de defesa; que as demandas envolvendo dispensação de medicamentos, devem ser apreciadas de acordo com as Políticas Públicas de Saúde, Portaria 2.981/2009; que o medicamento pleiteado não está previsto nas portarias do Ministério da Saúde para o tratamento da doença da paciente; que quem estipula os medicamentos a serem fornecidos para cada patologia é a União Federal, devendo assim custeá-los, sendo que somente a distribuição deverá ser feita pelo Estado do Paraná; que a União e o Município de Palmas devem ser chamados ao processo, com o consequente deslocamento do feito à Justiça Federal. Sustenta que o Estado do Paraná não pode fornecer o medicamento pleiteado, uma vez que o mesmo não está previsto pelas portarias do Ministério Público; que a paciente não demonstrou que já se submeteu a outros tratamentos menos onerosos; que o Estado gera recursos escassos e não pode abrir mão de métodos racionais e padronizados de distribuição de medicamentos, pois somente assim poderá cumprir o artigo 196, da CF/88; que admitir que cada cidadão que necessite de medicamento escolha de quem vai recebê-lo, acabaria por transferir a administração de recursos voltados à saúde ao Poder Judiciário, o que abalaria a tripartição dos Poderes; que o princípio da reserva do possível deve ser aplicado, eis que o Estado do Paraná não possui condições financeiras de adquirir todos os tipos de medicamentos; que o orçamento visa dar efetividade às políticas públicas, garantindo tratamento universal e igualitário à população. Requer o conhecimento e provimento do recurso de Apelação, a fim de que seja reformada a r. sentença de 1° grau. Contrarrazões às fls. 168/171. Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 184/187. É o relatório. DECIDO: O Ministério Público do Estado do Paraná impetrou Ação Civil Pública, em favor de MARIA APARECIDA QUINDANI, portadora da síndrome do intestino irritável apresentando sintomas de Vômito, diarreia, inchaço, os quais, sem a utilização dos medicamentos indicados, faz com que não consiga exercer suas atividades diárias. O Magistrado singular, ao sentenciar, julgou procedente o pedido inicial, determinando o fornecimento do referido medicamento. Irresignado com os termos da sentença, o Estado do Paraná interpôs o presente recurso. Em relação ao alegado cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado do feito, entendo que não restou configurado. Isso porque, o artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, estabelece que o julgamento antecipado da lide se dará quando a prova carreada aos autos for suficiente para formar a convicção do julgador e não houverem mais pontos controvertidos a serem esclarecidos. Tem-se daí, que o julgador não está adstrito a deferir a produção de prova postulada, porque a parte assim o requereu, valendo ressaltar, ainda, que o juiz, como destinatário final da prova, pode dispensar a produção das provas que julgar desnecessárias (artigo 130 do aludido diploma legal). Não é demais anotar que o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência é no sentido de que não constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado quando o processo oferece condições para o julgador formar seu juízo de convicção. Sobre a questão, oportuno transcrever trecho

de ementa do venerando acórdão da lavra do Eminente Ministro SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, in verbis: "[...] CONSTANTES DOS AUTOS ELEMENTOS DE PROVA DOCUMENTAL SUFICIENTES PARA FORMAR O CONVENCIMENTO DO JULGADOR, INOCORRE CERCEAMENTO DE DEFESA SE JULGADA ANTECIPADAMENTE A CONTROVÉRSIA." (STJ, Ag. Rg. no Ag., 14.952/DF). No caso dos autos, não obstante o Apelante tenha pretendido a produção de prova pericial, o feito comportava julgamento antecipado, eis que a questão debatida era, preponderantemente, de direito e os fatos encontravam-se comprovados pela prova documental encartada aos autos, mostrando-se plenamente capaz de possibilitar ao magistrado a formação de um juízo de convencimento. Assim sendo, não há que se falar em dilação probatória para a comprovação da existência da doença e da eficácia da utilização dos medicamentos pleiteados ou de sua substituição por outro, vez que este requisito já se encontra preenchido com a própria declaração médica acostada às fls. 51. Decorre daí que a prova pericial em nada acrescentaria ao deslinde do feito, motivo pelo qual inexistiram entraves para que a lide fosse julgada no estado em que se encontrava. Destarte, rejeito a preliminar suscitada. Melhor sorte não merece a preliminar à participação da União Federal e do Município de Palmas no processo, bem como do reconhecimento da responsabilidade destes entes pelo custeio do tratamento em questão. O fato de existir um programa determinando ser de responsabilidade da União Federal ou dos Municípios o custeio de determinados medicamentos, não elide a responsabilidade do Estado em fornecer o medicamento quando postulado, na medida em que o artigo 196 da Constituição Federal é claro ao dispor que "(...) a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." Da interpretação da aludida norma constitucional é possível afirmar que a acepção do termo "Estado" refere-se a todos os entes que compõe a federação, qual seja União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Decorre daí, então, que o ESTADO DO PARANÁ é destinatário do referido preceito constitucional, não podendo ausentar-se de dever a ele imposto, sob pena de desrespeitar a Magna Carta. Sobre a questão, revela-se esclarecedora a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA: "[...] A norma do art.196 é perfeita, porque estabelece explicitamente uma relação jurídica constitucional em que, de um lado, se acham o direito que ela confere, pela cláusula a saúde é direito de todos, assim como os sujeitos desse direito, expressos pelo signo todos, que é signo de universalização, mas com destinação exclusiva aos brasileiros e estrangeiros residentes aliás, a norma reforça esse sentido a prever o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde , e, de outro lado, a obrigação correspondente, na cláusula a saúde é dever do Estado, compreendendo aqui a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que podem cumprir o dever diretamente ou por via de entidade da Administração indireta." (in COMENTÁRIO CONTEXTUAL À CONSTITUIÇÃO, 4ª. ed., São Paulo: MALHEIROS, 2007, p.768). Assim,

por ser dever do ESTADO DO PARANÁ velar pelo atendimento ao direito à saúde, é de sua incumbência atender a solicitação daqueles que sem condições financeiras como é o caso da substituída do Apelado necessitam de medicamentos que permitam lhes assegurar o direito fundamental à própria vida. Não se pode olvidar, também, que por força da solidariedade existente entre a União, os Estados e os Municípios, para atendimento à saúde da população, decorrente dos artigos 196 e 198 da Carta Magna, é facultado ao cidadão exigir de qualquer um dos entes que compõe a federação o cumprimento dos serviços de saúde prestados à população, podendo qualquer um deles ser acionado judicialmente. Por conseguinte, em razão de ser solidária a responsabilidade entre os entes que compõe a federação, nenhum deles poderá invocar qualquer óbice com objetivo de abster-se do cumprimento deste preceito constitucional. Diante de tais motivos, tenho que a preliminar de denunciação da lide da União Federal e do Município de Palmas, e de reconhecimento do seu dever de reembolsar o Estado do Paraná pelos montantes despendidos com a aquisição da mediação não pode ser acolhida, seja porque o fato de existir um programa determinando ser de responsabilidade da União Federal o custeio dos medicamentos não restringe a obrigação do Estado em fornecer medicamento a pacientes que dele necessitam, seja porque sendo responsáveis solidários pelo fornecimento de medicamentos aos cidadãos através do SUS, a demanda pode ser proposta unicamente em face do Estado do Paraná, como o foi. Resta, pois, afastada a preliminar arguida. A preliminar de chamamento ao processo da União Federal e do Município de Palmas, bem como de incompetência da Justiça Estadual para apreciação da causa, também deve ser rejeitada. Consoante estabelece o artigo 23, inciso II da Constituição Federal, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e da assistência pública, razão pela qual os entes integrantes da federação atuam em cooperação administrativa recíproca, visando alcançar os objetivos descritos pela Constituição. Portanto, o Estado tem o dever de assegurar ao cidadão tal direito fundamental, não podendo ser afastada sua responsabilidade de velar pela saúde dos cidadãos, em razão de encontrar-se referido direito também sob a tutela da União e do Município. No mérito, a sentença prolatada não merece qualquer reforma, uma vez que a saúde da população é dever do Estado. Leia-se os Municípios, os Estados Federados e a União devem proporcionar o suficiente para o seu bem estar dos cidadãos. Assim, utilizando-se como fundamento o Princípio da Dignidade Humana, nenhuma pessoa poderá sofrer qualquer ato que atente contra a sua saúde. Restou comprovado nos autos, através da documentação de fls. 52/101, que após extrema investigação clínica, laboratorial, endoscópica e radiológica, a paciente apresenta diagnóstico de cólon irritável. A saúde é direito público subjetivo fundamental, diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e, portanto, passível de ser exigido do Estado a qualquer tempo, independentemente da existência de regulamentação infraconstitucional ou de atendimento prévio a procedimentos burocráticos. Assim, a vida exige respeito incondicional por parte de quem quer

que seja, com o realce de que em nosso País há uma Constituição em vigor que garante direito à vida e à saúde, a todos os brasileiros. Não é crível que o Estado do Paraná deixe de fornecer o medicamento ao paciente, alegando que o medicamento pleiteado não faz parte do Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas estabelecido pelo Ministério da Saúde, conforme extrai-se do ofício n° 006/2010 SCINS, às fls. 70. A organização do nosso sistema de saúde é estruturada de forma descentralizada, ficando cada Estado federado responsável dentro de seus limites territoriais, o que não afasta a responsabilidade da União, dos Estados e dos Municípios diante da solidariedade existente. Diante de tal situação, todos, e cada um dos entes públicos nomeados, têm legitimidade para figurar no polo passivo da ação que tem como objetivo acesso à tratamento de saúde, inexistindo, também, necessidade de formação de litisconsórcio passivo entre eles. Nesse sentido entende este Tribunal de Justiça: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO (BOSENTANA). DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. DENUNCIAÇÃO À LIDE OU CHAMAMENTO DA UNIÃO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. DESCABIMENTO. a) O recebimento de medicamentos do Estado é direito fundamental, podendo a Paciente pleiteá-los de quaisquer dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Precedentes do STF. b) Por isso, é desnecessário e protelatório o chamamento da União ou sua denunciação da lide porque, além de não trazer qualquer utilidade ao processo, atrasa a resolução do feito, e retarda, por via oblíqua, o acesso da Paciente aos remédios necessários para o tratamento de sua saúde. c) Ainda, "qualquer que seja o resultado que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça venham concluir a respeito da solidariedade passiva, ou não, dos Entes Federados na obrigação de fornecer medicamentos, desde já, é possível definir que não caberá o chamamento ao processo, pois este instituto só é possível nas obrigações solidárias de pagar quantia certa, e não nas obrigações de fazer" (AgRg no REsp 1249125/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 14/06/2011, DJe 21/06/2011). 2) APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJPR - 5ª C.Cível - AC 925659-7 - Rio Negro - Rel.: Leonel Cunha - Unânime - J. 03.07.2012) (destacou-se) A Constituição Federal em seu artigo 196 determina que: "A saúde é um direito de todos e dever do Estado garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." Portanto, os argumentos trazidos aos autos pelo Apelante, na tentativa de fundamentar o desamparo do direito do paciente, não têm o condão de ofuscar o direito por ele perseguido, qual seja, o direito à saúde. Já decidiu este e. Tribunal de Justiça neste sentido: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO LIMINAR. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO ("SPIRIVA RESPIMAT") À INTERESSADA QUE POSSUI DOENÇA GRAVE

("DOENÇA PULMONAR OBSTRUTIVA CRÔNICA") E CARENTE DE RECURSOS ECONÔMICOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO POR SE TRATAR DE DIREITO INDISPONÍVEL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, OS ESTADOS, O DISTRITO FEDERAL E OS MUNICÍPIOS PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO ÚNICO DE SAÚDE. PRESCRIÇÃO POR MÉDICO. DOCUMENTAÇÃO APTA A COMPROVAR A NECESSIDADE DO FORNECIMENTO DA MEDICAÇÃO. RECEITUÁRIO DE MÉDICO PARTICULAR VÁLIDO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONFIRMADA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO, SENDO CONFIRMADA A SENTENÇA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. (TJPR - 4ª C.Cível - ACR 911411-8 - Campo Mourão - Rel.: Lélia Samardã Giacomet - Unânime - J. 19.06.2012) AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. LIMINAR CONCEDIDA EM PRIMEIRO GRAU. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR FALTA DE AUDIÊNCIA PRÉVIA DO ENTE PÚBLICO, EX VI DO ART. 2º DA LEI Nº 8.437/92. REGRA MITIGADA DIANTE DA NATUREZA E ESSENCIALIDADE DO DIREITO EM DISCUSSÃO. PRELIMINAR REJEITADA. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. REFLEXOS NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. DEVER DO ESTADO. MEDICAMENTO PRESCRITO POR PROFISSIONAL MÉDICO À PESSOA PORTADORA DE GRAVE DOENÇA (ARTROSE CERVICAL, LOMBAR E DE JOELHOS). AUTORA DESPROVIDA DE RECURSOS FINANCEIROS PARA ARCAR COM O CUSTO DO FÁRMACO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJPR - 4ª C.Cível - AI 822223-3 - Umuarama - Rel.: Guido Döbeli - Unânime - J. 12.06.2012) APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MEDICAMENTOS - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE - DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL - PRELIMINAR REJEITADA MÉRITO - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO SPRIVA RESPIMAT À PORTADORA DE DOENÇA PULMONAR OBSTRUTIVA CRÔNICA CARENTE INCUMBÊNCIA DO PODER PÚBLICO EM FORNECER O FÁRMACO REQUERIDO DIREITO DO CIDADÃO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DOCUMENTAÇÃO APTA A COMPROVAR A NECESSIDADE DO FORNECIMENTO DA MEDICAÇÃO RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR - 4ª C.Cível - AC 882297-1 - Umuarama - Rel.: Lélia Samardã Giacomet - Unânime - J. 19.06.2012) Cumpre asseverar que, por mais relevantes que sejam as dificuldades orçamentárias dos órgãos públicos, ou ainda, que a prioridade das políticas de saúde no fornecimento gratuito de medicamento devam ser criteriosas, sob os aspectos de custeio e de resultados, não é possível desrespeitar a Constituição Federal, sob pena de afronta à ordem jurídica, privilegiando-se meros regulamentos e, mais grave ainda, dando-se poderes ao administrador para, sob os mais variados pretextos, descumprir a Lei Maior. Assim sendo, não pode o ente federativo utilizar como argumento a reserva do possível ou a ausência de previsão orçamentária quando a questão trata do direito à saúde do cidadão. De fato, não pode o Poder Público privar-lhe do melhor e mais adequado tratamento, sob

pena de ferir-se comando da Carta Magna, de que o Estado deve assegurar aos cidadãos o direito à vida e à saúde, um direito fundamental e indisponível. O Poder Judiciário ao conceder o medicamento pleiteado a cidadão infante está apenas assegurando sua função constitucional, o direito à vida, seguindo o que dispõe o art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Feitas estas considerações, nego seguimento ao recurso, por ser manifestamente improcedente e estar em conflito com jurisprudência dominante. DECISÃO: Desta forma, por estar manifestamente em confronto com a jurisprudência dominante deste Tribunal, nego seguimento ao presente recurso de apelação e mantenho os termos da sentença em sede de reexame necessário, com base no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil. Intimem-se. Curitiba, 14 de agosto de 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PROCESSO: 16. 942386-3
RELATOR: RENATO BRAGA BETTEGA
ÓRGÃO JULGADOR: NONA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 13/08/2012

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. MEDICAMENTO. RECURSO DESPROVIDO. Vistos, etc. 1. Trata-se de Agravo de Instrumento interposto em face da decisão interlocutória proferida pelo MM. Juiz de Direito da 21ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, nos autos de Ação de Obrigação de Fazer c/c Pedido de Tutela Antecipada e Danos Morais proposta por Dina Maria Artigas de Brito e Outro contra Bradesco Saúde S/A, que deferiu a tutela antecipada pleiteada pelos autores (fls. 20/23 TJ). Da ação principal Em síntese, alegaram que no ano de 2010 o segundo requerente teve diagnosticado câncer de próstata, sendo que em março de 2012 apresentou "duas lesões expansivas sólidas, nos terços médios de ambos os RINS, compatível com câncer renal" (fl. 38-TJ). Salientou que em razão da idade avançada do paciente, o tratamento cirúrgico foi descartado, razão pela qual houve a indicação de quimioterapia com o medicamento SUSTENT 50mg. No entanto, a requerida não autorizou o custeio do mencionado tratamento. Diante da negativa da ré, os autores propuseram ação de obrigação de fazer com o objetivo de obrigá-la ao cumprimento de sua obrigação de autorizar e custear todo o tratamento médico com o medicamento SUSTENT, conforme prescrição médica. Da decisão recorrida O pleito antecipatório foi deferido pelo Juízo Monocrático nos seguintes termos: "(...) O vinculo jurídico entre as partes resta demonstrado à fl. 65. Compulsando-se a inicial, vislumbra-se que o pedido para liberação do medicamento foi negado pela ré (v. fl. 66) eis que não haveria cobertura contratual para o medicamento via oral. É importante frisar que a ré não negou a cobertura do tratamento quimioterápico, mas sim do medicamento. Ademais, o próprio autor afirma possuir desde 2010, câncer de próstata, cujo tratamento e cirurgia para reduzir as implicações da doença foram realizados pelo plano de saúde Bradesco. Desta forma, faz-se presumir, neste momento, que o plano firmado possuir cobertura

para o tratamento da doença "câncer", consequentemente, coberto está o procedimento da quimioterapia. Corrobora com este entendimento, após diligencia deste juízo, o fato de que o plano contratado é o "SAÚDE TOP QUARTO REDE NACIONAL", o qual está indicado como um dos mais completos pelo Bradesco no seu endereço eletrônico. Sendo assim, a parte autora demonstrou plausividade do seu direito na inicial, eis que estando coberto pelo plano o tratamento de quimioterapia, assim está o medicamento que é essencial para o tratamento da doença. Tendo em vista a aplicabilidade do CDC aos contratos de plano de saúde (Súmula 469 do STJ: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde"), as cláusulas previstas neste instrumento deverão ser interpretadas em favor do consumidor, de modo que a não cobertura indicada na negativa, não corresponde a uma exclusão. (...) O "periculum in mora" caracteriza-se pelo indício de que, caso o juízo não conceda a liminar, existirá dano irreparável ou de difícil reparação à parte autora. O perigo da demora no presente caso decorre da própria natureza da doença da qual padece o requerente, tendo em vista que é de conhecimento público e notório que os tratamentos adequados ao controle da doença são de vital importância para deter a evolução do quadro clínico. Nessa condição, diante da verossimilhança das alegações e diante do risco de dano irreparável e de difícil reparação, DEFIRO o pedido liminar, de modo a compelir a ré a cobrir o medicamento SUSTENT 50mg, uma caixa por mês, durante 12 meses em favor do segundo autor, bem como todas as despesas oriundas do referido tratamento quimioterápico oral, sob pena de multa diária que fixo em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), no limite de 60 dias/multa. (...)" Das razões recursais Em síntese, a agravante alegou que há no contrato entabulado entre as partes uma cláusula que faz menção expressa quanto à exclusão da cobertura relativa aos medicamentos para tratamento domiciliar, conforme autoriza o art. 13, parágrafo único, inciso VI, da Resolução Normativa nº 167/2007. Na mesma esteira, invocou o art. 10, VI, da Lei nº 9.656/98, destacando que a legislação que regulamenta a atividade das operadoras de planos de saúde também exclui a cobertura relativa ao fornecimento de medicamentos para uso domiciliar. Afirmou que "merece reforma a decisão sobrepujada, uma vez que não observou a condição obstada pelo artigo 273, II, §3º, sendo que resta latente o risco de irreversibilidade do provimento antecipado, hipótese em que a tutela liminar não poderia ter sido concedida" (fl. 12-TJ). Salientou que não estão presentes os requisitos que autorizam a concessão da tutela antecipada e destacou que o recorrido não comprovou a existência de cobertura para o tratamento pleiteado. Requereu a concessão de efeito suspensivo e, no mérito, o provimento do recurso para o fim de reformar a decisão que concedeu a medida liminar ao agravado. Caso seja diverso o posicionamento desta E. Corte, pleiteou seja determinada a prestação de caução pelo autor, nos termos do art. 273, §2º, do CPC. É o relatório. 2. O recurso foi tempestivamente ofertado, preenchendo os demais requisitos de admissibilidade, pelo que deve ser conhecido. Conforme disposto no artigo 557, caput, do CPC, o Relator poderá negar seguimento ao recurso

manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal. É justamente a hipótese em análise. A agravante alega que não estão presentes os requisitos que autorizam a concessão da tutela antecipada, bem como que o contrato de seguro não prevê cobertura para o medicamento em questão. Inicialmente, impende salientar que incumbe tão somente a este Tribunal analisar em sede de agravo de instrumento se estão presentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada, excluindo-se a discussão acerca da existência ou não de cobertura contratual para o tratamento do agravado, já que diz respeito ao mérito da ação principal. O deferimento do pedido de tutela antecipada está condicionado à presença dos requisitos elencados no artigo 273, do CPC, quais sejam, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e a verossimilhança das alegações, bem como a existência de prova inequívoca que convença da existência do direito alegado pela parte postulante. Com relação "à verossimilhança da alegação, como o próprio nome diz, não corresponde à prova pré-constituída e, por isso, a necessidade de comprovação dos fatos através de perícia, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não afasta a credibilidade que aflora das alegações dos autores/agravados. Aliás, a própria lei remete tal análise a critério do juiz, de modo que ele possa, efetivamente, estar convencido a priori de que a realidade fática descrita pelos agravados é verossímil"(TJPR AI nº 0350822-7 - 7ª C.Cív. Rel. Dilmari Helena Kessler J. 08/08/2006). De outro vértice, é pacífico o entendimento de que os contratos de planos de saúde são contratos de adesão e, por configurarem relação de consumo, submetem-se às regras impostas pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim sendo, as suas cláusulas devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, a teor do que preceitua o art. 47 do CDC, in verbis: "As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor". Não há dúvidas sobre a verossimilhança das alegações do agravado. Isso porque é evidente que houve a contratação do plano de saúde, sendo incontroverso o fato de que o pagamento das prestações encontra-se em dia. Ainda, os documentos acostados aos autos evidenciam a necessidade da utilização do fármaco SUSTENT 50mg para seu tratamento, considerando que se trata de medicamento utilizado para conter a progressão de sua doença e representa a única forma de tratamento disponível ao autor, visto que a sua idade avançada não lhe permite que seja realizada nenhuma intervenção cirúrgica. Por sua vez, o perigo da demora decorre do fato de o agravado depender da liberação do medicamento para iniciar de imediato o tratamento para sua doença, que tinha como previsão de início o dia 26/06/2012 (fl. 99-TJ). Ademais, devem ser observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, já que se trata de interesses opostos, "ambos com relevantes fundamentos jurídicos, porque, se de um lado existe a possibilidade de improcedência do pedido do agravado, por outro, sua saúde e vida encontram-se ameaçadas; nesse aspecto, prevalece a integridade física diante do patrimônio, pois a Constituição Federal elege a vida como bem maior a ser

defendido por todos os cidadãos, entidades e empresas" (TJPR, 9ª C.Cível, AI nº 563767-0, j.: 02/03/2009). Sobre a possibilidade de concessão em casos análogos da tutela antecipada, vide os seguintes precedentes: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COMINATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DO CÂNCER E EXAMES SUBSEQÜENTES RECOMENDADOS POR MÉDICO ASSISTENTE. NECESSIDADE. NATUREZA EMERGENCIAL DO TRATAMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. DECISÃO ESCORREITA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. No caso, restando presentes os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, quais sejam: prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, correta a decisão que antecipou a tutela, dando prevalência ao direito à saúde, em confronto com os interesses patrimoniais da agravada." (TJPR, 9ª C.Cív., AI nº 788518-7, Rel. Francisco Luiz Macedo Junior, j: 10/11/2011) "AGRAVO DE INSTRUMENTO - OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - CONTRATO EMPRESARIAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES - TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - NEGATIVA DE COBERTURA - MATÉRIA ATINENTE AO MÉRITO E IMPOSSÍVEL DE ANÁLISE NESTA OPORTUNIDADE PELA CORTE, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - REQUISITOS DO ARTIGO 273 DO CPC CONFIGURADOS - PREVALÊNCIA DA INTEGRIDADE FÍSICA AO PATRIMÔNIO - TUTELA ANTECIPADA MANTIDA - RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO DE PLANO (CPC, ART. 557, CAPUT)" (TJPR, 9ª C. Cível, AI nº 581288-2, Rel. Denise Hammerschimdt, j.:11/05/2009). "AGRAVO DE INSTRUMENTO. NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PLANO DE SAÚDE. GLIOBLASTOMA MULTIFORME GRAU IV (CÂNCER CEREBRAL). NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO ESPECÍFICO PARA QUIMIOTERAPIA POR SER DE USO DOMICILIAR. PLEITO ENVOLVENDO QUESTÃO PERTINENTE A COBERTURA CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO NESTE MOMENTO PROCESSUAL. MATÉRIA ATRELADA AO MÉRITO DA AÇÃO PRINCIPAL. TUTELA ANTECIPADA. DEFERIMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. Presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, a qual se justifica pela gravidade do estado do paciente e a necessidade do medicamento TEMODAL, auxiliar na terapêutica da doença, existindo indiscutível risco de morte, restando devidamente caracterizado o perigo de lesão grave ou de difícil reparação."(TJPR, AI nº 417.324-4, Rel. Des. Guimarães Costa, j. 16.08.2007) "AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. PLANO DE SÁUDE. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA QUIMIOTERAPIA. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA, CONDICIONADA À PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO.

DISPENSABILIDADE DA CAUÇÃO. ART. 804. MEDIDA FACULTATIVA DO JUIZ. POSSÍVEL LESÃO DE BEM JURÍDICO MAIOR - A VIDA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NO QUE TANGE AO PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA. RECURSO PROVIDO." (TJPR, AI nº 432.978-8, Rel. Des. Eugênio Achille Grandinetti, j. 22.11.2007) Quanto à necessidade de prestação de caução idônea pelo agravado, carece de razão a recorrente, uma vez que o recorrido ajuizou ação contra o plano de saúde justamente porque não dispunha de recursos para arcar com o pagamento do tratamento indicado pelo médico, razão pela qual a exigibilidade de caução inviabilizaria o cumprimento da tutela antecipada, retirando a efetividade da prestação jurisdicional. Não é outro o posicionamento desta E. Corte: "Agravo de Instrumento. Obrigação de fazer c/c reparação de danos morais e materiais. Plano de saúde. Antecipação de tutela parcial. Paciente portador de câncer renal. Prescrição de medicamento altamente custoso e necessário ao controle da doença. Caução. Dispensa. Possibilidade. Precedentes jurisprudenciais. Recurso provido. Não dispondo de meios para cumprir a prestação da garantia e presentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela, condição reconhecida singularmente, dispensável a prestação de caução pelo agravante, sob pena de tornar ineficaz a antecipação deferida." (TJPR, 9ª CC, AI nº 582850-2, Rel. Helio Henrique Lopes Fernandes Lima, j: 24/08/2009) AGRAVO DE INSTRUMENTO. NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. PLANO DE SAÚDE. CARÊNCIA. LEUCEMIA MIELÓIDE AGUDA. QUIMIOTERÁPICA. URGÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS PRESENTES. PERIGO DE MORTE. CASO DE EXCEPCIONAL GRAVIDADE E URGÊNCIA. RISCO DE INEFICÁCIA DA MEDIDA. CAUÇÃO. DESNECESSIDADE. RISCO DE INEFICÁCIA DA MEDIDA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, a qual se justifica pela gravidade do estado da paciente e a necessidade dos procedimentos de quimioterapia, existindo indiscutível risco de morte, restando devidamente caracterizado o perigo de lesão grave ou de difícil reparação. Em sede de tutela antecipada deve-se atentar a real necessidade de prestação de caução, sob pena de tornar ineficaz a concessão da tutela de urgência. (TJPR, AI 0367223-5, 8ª Câmara Cível, Des. Rel. Guimarães da Costa, Julgamento: 22/03/2007) Portanto, estando presentes os requisitos autorizadores da antecipação da tutela, a decisão recorrida deve ser mantida nos termos em que foi lançada. Entretanto, necessário consignar que caso restem comprovadas as alegações da agravante no processo principal, deve o agravado ressarcir a operadora do plano de saúde no valor equivalente ao medicamento pleiteado pelo autor, ora recorrido. 3. Isto posto, com fulcro no art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao presente Agravo de Instrumento, nos termos acima expostos. 4. Intimem-se. Curitiba, 06 de agosto de 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PROCESSO: 907932-3
RELATOR: RUBENS OLIVEIRA FONTOURA

ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 07/08/2012

DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PROVA ESSENCIAL PARA O DESLINDE DO CASO. RECURSO PROVIDO PARA ANULAR A SENTENÇA. I - O impedimento de produção de prova essencial para o deslinde da causa caracteriza o cerceamento de defesa. II O art. 3º, V, da Lei 10.060/50 dispõe que os beneficiários da justiça gratuita são isentos do pagamento de honorários periciais. III Nas hipóteses em que é necessária a realização de prova pericial em processo que o beneficiário da justiça gratuita requereu a perícia, o Estado deve arcar com o montante para a realização do trabalho do expert. DECISÃO: Acordam os componentes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em conhecer e dar provimento ao recurso de apelação, por unanimidade de votos, ao efeito de cassar a r. sentença proferida, em razão da ocorrência de cerceamento de defesa.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PROCESSO: 911603-6
RELATOR: ASTRID MARANHÃO DE CARVALHO RUTHES
ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 07/08/2012

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. VIGILANCIA SANITÁRIA. ANVISA, RESOLUÇÃO Nº 58/2007. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NEGADO PROVIMENTO. 1. A ANVISA tem poder regulamentar e de polícia administrativa, escudado em expressas previsões de vários diplomas legais, para atuar fiscalizando o comércio e a manipulação de substâncias perigosas à saúde pública. 2. Não existe vedação legal para que o órgão técnico fiscalizador ANVISA, em havendo risco a saúde dos pacientes, proíba determinadas formas de composição medicamentosa, consoante autorização legislativa nesse sentido. DECISÃO: Acordam os Desembargadores da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso de apelação.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PROCESSO: 932914-4
RELATOR: LEONEL CUNHA
ÓRGÃO JULGADOR: QUINTA CÂMARA CÍVEL EM COMPOSIÇÃO INTEGRAL
JULGAMENTO: 02/08/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE/DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. REALIZAÇÃO DE EXAMES. SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DO PARANÁ, SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SAÚDE DE CURITIBA, SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO E PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO PARANÁ. NÃO É POSSÍVEL IDENTIFICAR DE QUEM SE PEDE A OBRIGAÇÃO (SAS OU SUS).

NÃO HÁ PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DO ATO COATOR. Vistos, 1) Suzane Levandowski aforou Mandado de Segurança em face do Secretário de Saúde do Estado do Paraná, do Secretário Municipal de Saúde de Curitiba, e do Secretário de Administração e Previdência do Estado do Paraná a fim de que a fim de que lhe seja possibilitado realizar, gratuitamente, o exame denominado PET-SCAN, necessário para investigar o atual estado de evolução do "Linfoma não Hodgkin LNH" que a acomete. 2) Afirma que é beneficiária do Sistema de Assistência à Saúde SAS e, ao buscar nele a realização do exame, teve como resposta a ausência do aparelho em questão. O custo médio do exame é de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), noticiado no site "paranaonline.com.br na data de 15/04/2010" e que não dispõe de recursos financeiros para custeá-lo. Ainda, "quer esclarecer, desde logo, que não formulou administrativamente o pedido escrito que será feito através desta ação, vez que, pelo que foi informada, sendo de público conhecimento, a Ré não possui o aparelho em questão, necessitando da concretização da promessa constitucional que o estado deveria suportar e garantir a solicitante o inalienável direito à vida. Assim, negado o fornecimento do exame a Impetrante não restou outra solução senão socorrer-se do Judiciário impetrando o presente Mandado de Segurança para poder dar continuidade ao tratamento" (f. 7). 3) Requer a antecipação dos efeitos da tutela a fim de determinar "às Rés/Impetradas que forneçam a Autora/Impetrante, num prazo máximo de 72h (setenta e duas horas), o exame necessário para o diagnóstico ou os meios para a realização desse e o tratamento determinado pelo Médico, sob pena de multa diária a ser fixada por V. Exa, que pede seja de R$ 1.000,00 (um mil reais) pelo descumprimento" (f. 11), julgando-se, ao final, procedente o pedido para o fornecimento dos exames, "sejam aqueles específicos, indicados nesta inicial, sejam outros também indicados ao seu tratamento, e que lhe venham a ser prescritos por seu médico, e, tudo, por prazo indeterminado e até quando deles necessitar, ou quando deles necessitar, e, sempre, nas quantidades que forem as prescritas pelo médico que a assiste" (f. 19). 4) O despacho de fls. 51/53 determinou a emenda da inicial, a fim de que a Impetrante juntasse prova do ato coator, pois a inexistência do aparelho no SAS não implica, por si só, em recusa ao atendimento, diante da possibilidade de eventual terceirização do serviço, o que também seria necessário para aferir a alegada urgência do diagnóstico, em razão do tempo decorrido desde a prescrição médica e o ajuizamento da demanda. E, por fim, que esclarecesse também sobre a necessidade de se manter a Secretaria Estadual da Administração e da Previdência e a Secretaria Municipal de Saúde no polo passivo. 5) Na emenda da inicial (fls. 57/62), a Impetrante aduziu que necessita da realização do exame PET-SCAN para investigação do atual estado da evolução do "Linfoma não Hodgkin LNH", o que por si só caracteriza o fumus boni juris e o periculun in mora, afirmando que a Constituição Federal é categórica ao afirmar que saúde é direito de todos e dever do Estado. 6) Alega que a comprovação da negativa das Autoridades Coatoras não é elemento obrigatório do Mandado de Segurança, porque, no caso, fez-se por presunção, aduzindo que o Estado não fornecerá documento em tal sentido, "certo que

as próprias informações prestadas pelas Autoridades Impetradas o porque da não realização de um exame tão necessário a Impetrante" (f. 62). Requer que, pesadas estas circunstâncias, "somadas as razões aqui dissertadas, sirvam para que se reconheça ao menos a possibilidade de continuação da ação" (f. 62). É o relatório. FUNDAMENTAÇÃO De acordo com os termos da inicial, não é possível identificar se a Impetrante dirige sua pretensão em face do Sistema de Assistência à Saúde SAS, que fornece cobertura assistencial, ambulatorial e hospitalar aos servidores ativos e inativos em todo o Estado do Paraná, ou se pretende que a realização do exame seja autorizado pelo Sistema Único de Saúde SUS, do qual fazem parte União, Estados, Municípios e Distrito Federal. A indicação dos Secretário de Saúde do Estado do Paraná, do Secretário Municipal de Saúde de Curitiba, e do Secretário de Administração e Previdência do Estado do Paraná como autoridades Impetradas, em nada ajuda no esclarecimento da questão. É certo que a Constituição Federal assegura a todos o direito à saúde, bem como é certa a gravidade da doença enfrentada pela Impetrante; contudo, se não é possível identificar de quem se pede a obrigação (SAS ou SUS), nem há prova pré-constituída do ato coator, tampouco elementos que permitam concluir que, ainda de forma implícita ou por simples omissão, o pedido administrativo seria indeferido, impõe-se o indeferimento da inicial do Mandado de Segurança. ANTE O EXPOSTO, indefiro a inicial (art. 295, parágrafo único, II, do Código de Processo Civil). Intime-se. CURITIBA, 31 de julho 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70050507227
RELATOR: JORGE LUÍS DALL'AGNOL
ÓRGÃO JULGADOR: SÉTIMA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 16/08/2012

DIREITO PÚBLICO SANITÁRIO. CONCESSÃO DE MEDICAMENTO. SUBSTITUIÇÃO DO MEDICAMENTO. A substituição, acréscimo ou suspensão de medicamento ou do tratamento de saúde da criança não implica em dizer que houve modificação no pedido inicial, pois o que se busca é o melhor controle da enfermidade e é exatamente esta a causa de pedir. Precedentes do STJ e desta corte. Agravo de instrumento desprovido, de plano.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL Nº 70048909832
RELATOR: ROBERTO CARVALHO FRAGA
ÓRGÃO JULGADOR: SÉTIMA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 15/08/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA COMPULSÓRIA. DEPENDENTE QUÍMICO. Dever do ente público, consoante a disposição constitucional expressa ao assegurar o direito à vida e o direito à saúde como garantias fundamentais, de acordo com a responsabilidade solidária (art. 196 da cf/88). Apelação desprovida.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL Nº 70049201908
RELATOR: MARILENE BONZANINI BERNARDI
ÓGRÃO JULGADOR: NONA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 15/08/2012

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. TRATAMENTO MÉDICO NECESSÁRIO. Possibilidade de atendimento pelo SUS que não afasta os danos, porquanto o demandante não é obrigado a aguardar pela saúde pública, nem é dado à ré exigir que terceiros se responsabilizem por suas obrigações. 3. Danos estéticos. Cicatriz. Ocorrência. Danos morais desvinculados dos danos estéticos. Fixação dos dois em separado. Valor dos danos morais. Critérios de fixação. Manutenção. 4. Pensionamento mensal. Redução da capacidade laboral evidenciada. Afirmação do perito no sentido de que o autor tem condições de exercer qualquer atividade que não pode determinar a conclusão de que o demandante realmente tem a capacidade de encontrar reposicionamento no mercado de trabalho. Procedência do pleito. Valor do pensionamento. Manutenção. 5. Honorários advocatícios na denunciação da lide. Ausência de resistência das denunciadas. Adesão à defesa da ré. Afastamento da condenação das denunciadas ao pagamento de custas e honorários advocatícios. Apelo do autor parcialmente provido. Apelos das denunciadas parcialmente provido. Apelo da ré desprovido.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCESSO: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO Nº 70050372333
RELATOR: CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO
ÓRGÃO JULGADOR: VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 13/08/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. CONCESSÃO DE MEDICAMENTO. FALTA DE INTERESSE EM AGIR. NÃO CONHECIMENTO. Não se conhece da apelação do Estado no tocante ao pedido de descabimento do pagamento de custas processuais, já afastado na sentença, uma vez que ausente o interesse em agir. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E DO MUNICÍPIO. O direito à saúde é assegurado a todos, devendo os necessitados receber do ente público os medicamentos necessários. Aplicação do artigo 196 da Constituição Federal. O Estado e o Município possuem legitimidade passiva para a demanda visando o fornecimento de medicamentos a necessitado. Posição do 11º Grupo Cível. Precedentes do TJRGS, STJ e STF. DENOMINAÇÃO COMUM BRASILEIRA. Reconhecido o dever de fornecimento da medicação postulada, desde que se trate da mesma substância e que cumpra com a finalidade pretendida, pode o fármaco solicitado com nome comercial ser substituído pelo correspondente genérico ou similar, atendendo-se à Denominação Comum Brasileira, porém não exclusivamente, não podendo haver restrição ao direito da parte. Precedentes TJRGS. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTA BANCÁRIA. CABIMENTO.

Mostra-se adequada a determinação do alcance em dinheiro necessário para a aquisição da medicação, tendo em vista que visa compelir o Estado a cumprir com a determinação judicial e ao mesmo tempo garantir a efetividade do provimento jurisdicional, observados os bens jurídicos constitucionalmente tutelados, no caso, o direito à vida e à saúde, numerário que não pode ser entregue diretamente à parte. VERBA HONORÁRIA. MANUTENÇÃO. Manutenção da verba honorária, em observância ao art. 20, § 4º, do CPC. CUSTAS PROCESSUAIS. DESCABIMENTO. LEI Nº 13.471/2010. APLICAÇÃO IMEDIATA. Tratando-se de pessoa jurídica de direito público, incabível a condenação no pagamento de custas processuais, observado o teor do art. 11 do Regimento de Custas, alterado pela Lei nº 13.471/2010, norma de aplicação imediata, inclusive em relação aos atos já praticados. Precedentes do TJRGS. Apelação do Estado provida em parte liminarmente. Apelação do Município com seguimento negado. Sentença confirmada, no mais, em reexame necessário.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL Nº 70049824535
RELATOR: LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS
ÓRGÃO JULGADOR: OITAVA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 09/08/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE FÓRMULA ALIMENTAR. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E ISONOMIA. 1. O direito à saúde, superdireito de matriz constitucional, há de ser assegurado, com absoluta prioridade às crianças e adolescentes e é dever do Estado (União, Estados e Municípios) como corolário do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana. 2. Incontroversa a necessidade do tratamento e diante da absoluta prioridade devotada a demandas que envolvam a saúde de crianças e adolescentes, de acordo com os arts. 7º e 11, caput, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o art. 227 da Constituição Federal, imperiosa a manutenção da sentença atacada para que seja devidamente fornecida a fórmula alimentar NEOCATE ao menor. 3. Cabe ao Judiciário vigiar o cumprimento da Lei Maior, mormente quando se trata de tutelar superdireitos de matriz constitucional, como vida e saúde. Está o poder público necessariamente vinculado à promoção, com absoluta prioridade, da saúde da população infanto-juvenil. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL Nº 70046240818
RELATOR: LEONEL PIRES OHLWEILER
ÓRGÃO JULGADOR: NONA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 27/06/2012

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO/DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SANITÁRIA.

RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE. RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DO PRODUTO. O fornecedor de produtos e serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados por defeitos relativos aos produtos e prestação de serviços que disponibiliza no mercado de consumo. Caso em que configurados os pressupostos do dever de indenizar, em decorrência de vício do produto. Presença de larvas, tipo broca, em pepinos em conserva de fabricação da demandada. - VÍCIO DO PRODUTO DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DO DEVER DE INOCUIDADE DOS ALIMENTOS. - A produção alimentos, como é o caso de pepinos em conserva, e que em seu interior contenham larva, do tipo broca, caracteriza violação do princípio da segurança sanitária. Substancias estranhas contaminantes encontradas em alimentos industrializados devem ser consideradas prejudiciais à qualidade sanitária do produto. Inexistência de provas produzidas pela ré capazes de comprovar a ocorrência das circunstâncias do §3º do art. 12 do CDC. Dever de indenizar por danos extrapatrimoniais, em virtude da violação do princípio da boa-fé objetiva. Precedentes do TJRS. - QUANTUM INDENIZATÓRIO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS - A indenização por danos extrapatrimoniais deve ser suficiente para atenuar as conseqüências das ofensas aos bens jurídicos tutelados, não significando, por outro lado, um enriquecimento sem causa, bem como deve ter o efeito de punir o responsável de forma a dissuadi-lo da prática de nova conduta. Fixação do valor da indenização com base na jurisprudência do STJ. APELO PROVIDO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCESSO: APELAÇÃO CRIME Nº 70047001813
RELATOR: MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA
ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA CÂMARA CRIMINAL
JULGAMENTO: 14/06/2012

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA. RESPONSABILIDADE DO GESTOR PRINCIPAL DA EMPRESA. DOLO COMPROVADO. Empresa que fabricava produtos destinados a fins medicinais e terapêuticos, sem registro no órgão de vigilância sanitária competente. Responsabilidade do sócio majoritário e principal gestor da empresa, pois estava claramente consciente da falta de registro dos produtos fabricados e vendidos pela empresa. APENAMENTO. RECONHECIMENTO DE DELITO ÚNICO. ALTERAÇÃO DO QUANTUM DE PENA. POSSIBILIDADE DE SUBSITUIÇÃO DA SANÇÃO PRISIONAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. Apelação da defesa parcialmente provida.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL Nº 70047141239
RELATOR: ARNO WERLANG
ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL
JULGAMENTO: 16/05/2012

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. VEDAÇÃO À MANUTENÇÃO DE ESTOQUE DE PREPARAÇÕES MAGISTRAIS. RDC Nº 67/2007 DA ANVISA. LEGALIDADE. A restrição imposta pela Resolução n.º 67/2007 à farmácia de manipulação que atende ao público em geral não viola direito líquido e certo, porquanto vai ao encontro da necessidade de garantir a segurança dos produtos relacionados com a saúde, objetivando garantir o controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária. PRELIMINARES REJEITADAS, APELAÇÃO DESPROVIDA.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL 2012.007725-9
RELATOR: CARLOS ADILSON SILVA
JULGAMENTO: 20/08/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. CONCESSÃO DE MEDICAMENTO. PRAZO EXÍGUO PARA O ENTE PÚBLICO CUMPRIR A ORDEM JUDICIAL DE TUTELA ANTECIPADA - IMPERIOSA DILAÇÃO. "O prazo para cumprimento da ordem judicial de antecipação de tutela deve ser fixado com base em critérios de razoabilidade, não se podendo, em regra, exigir do ente público o cumprimento imediato da decisão de fornecer medicamentos, nem desconsiderar que, por se tratar de Administração Pública, tal providência deverá preencher determinados critérios legais, que, por vezes, impedem a satisfação, de pronto, da ordem." (AC 2011.074691-1, rel. Des. Francisco Oliveira Neto). MULTA COMINATÓRIA - EXORBITÂNCIA DO VALOR INICIALMENTE FIXADO - NECESSÁRIA REDUÇÃO - ADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. "A multa diária (astreinte) deve ser mantida, por tratar-se de providência de natureza coercitiva para dar concretude à decisão judicial prolatada, além do que já não mais se controverte acerca de sua imponibilidade ao Poder Público. Contudo, à luz da equação razoabilidade/proporcionalidade, a astreinte não pode constituir-se em fonte de locupletamento ilícito, a beneficiar o particular à custa do Poder Público, e, neste sentido, o quantum imposto pela decisão *a quo* desvela-se excessivo, reclamando, por isso, mitigação, conforme autorizado pelo art. 461, § 6º, do Código de Processo Civil." (AI 2008.075081-7, rel. Des. João Henrique Blasi, j. em 08/03/10). APELAÇÃO CÍVEL - PRELIMINAR DE CHAMAMENTO AO PROCESSO DA UNIÃO - OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR MEDICAMENTOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM A DE PAGAR QUANTIA CERTA - INAPLICABILIDADE DO INSTITUTO. "O art. 77 do CPC estabelece hipóteses em que o demandado pode promover o 'chamamento ao processo' de outro obrigado pela prestação objeto do pedido, a fim de formar, com ele, um litisconsórcio passivo. Assim, o fiador demandado tem a faculdade de chamar ao processo o 'devedor' (inciso I) ou os 'outros fiadores' (inciso II); e o devedor pode chamar 'todos os devedores solidários' (inciso III). Como se percebe, são situações típicas e próprias de obrigação de pagar quantia, não se mostrando adequadas

ou compatíveis com obrigações em que a prestação seja entrega de coisa certa, cuja satisfação efetiva não comporta divisão. É de se reconhecer, ademais, que se trata de formação de litisconsórcio passivo facultativo de caráter excepcional, eis que promovida pelo demandado. Com efeito, cumpre ao autor, em regra, a faculdade de escolher contra quem vai promover sua demanda. Ora, hipóteses excepcionais não comportam interpretação extensiva. 2. No caso, a pretensão posta na demanda é de entrega de coisa certa (medicamentos). 3. Ante o exposto, nego provimento ao recurso." (STJ, REsp. n. 1.125.537/SC, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 16/03/10). PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA - PERÍCIA QUE SE MOSTROU DESNECESSÁRIA DIANTE DOS DOCUMENTOS CARREADOS NOS AUTOS - LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO - TESE AFASTADA. "Não há falar em cerceamento de defesa quando o magistrado colhe dos autos elementos suficientes para formação do seu convencimento, de modo que cabe exclusivamente a ele decidir a necessidade de maior dilação probatória, ante o princípio da persuasão racional" (AC 2007.060967-2, rel. Des. Fernando Carioni, j. em 19/2/08). MÉRITO - OBRIGAÇÃO DE ATENDIMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO POR NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIVISÃO DE COMPETÊNCIAS. "No Estado Constitucional de Direito, que sucede o antigo Estado Legislativo de Direito, não há como se admitir a tese de que as normas constitucionais não são dotadas de normatividade plena. Afinal, hoje a Constituição está no centro de uma estrutura de poder de onde irradia sua força normativa. É dotada de supremacia formal e material, determina a vigência e a validade das normas abaixo dela e fixa-lhes o modo de interpretação e compreensão. Além disso, se antes, no Estado Legislativo de Direito - e no modelo decorrente do tipo de Constituição que lhe dava sustentação - o que se tinha era um juiz neutro, distante e que só exercia seu papel mediador quando chamado pelas partes, atualmente essa figura desaparece e a concretização das normas constitucionais passa a ser o principal compromisso do Poder Judiciário." (AC 2011.074691-1, rel. Des. Francisco Oliveira Neto). PROVA DA HIPOSSUFICIÊNCIA - DESNECESSIDADE - DEVER DO ESTADO EM ASSEGURAR O DIREITO À SAÚDE QUE NÃO PODE SER LIMITADO - EXEGESE DO ART. 196 DA CF. "Efetivamente, não há como fugir da obrigação estatal de atender ao pedido de fornecimento de medicamentos, ainda que a pessoa não comprove a condição de miserabilidade, visto que tal direito decorre diretamente do disposto no art. 196 da Constituição Federal." (AC 2011.074691-1, rel. Des. Francisco Oliveira Neto). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - DEMANDA REPETITIVA E DE BAIXA COMPLEXIDADE - MINORAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - FIXAÇÃO CONFORME OS CRITÉRIOS DO ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC. Vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios deverão ser fixados, em apreciação equitativa, nos moldes do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, levando em conta grau de zelo do respectivo profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, bem como o trabalho realizado pelo advogado e o

tempo exigido para o seu serviço. AGRAVO RETIDO PROVIDO. RECURSO VOLUNTÁRIO E REMESSA DESPROVIDOS.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL 2012.046739-3
RELATORA: MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
JULGAMENTO: 20/08/2012

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PREVALÊNCIA AO USO DO EQUIPAMENTO PRESCRITO PELO MÉDICO. DEVER DA RÉ DE FORNECÊ-LO. O protesto por provas não obriga o seu deferimento, pois o art. 130 do CPC é categórico ao dispor que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. No caso, absolutamente desnecessária maior dilação probatória, porquanto possível apreciar o cerne da lide apenas com lastro nos argumentos expendidos pelas partes e documentos presentes, sendo correto o julgamento antecipado da lide, a teor do art. 330, I do CPC. É de sujeitar a seguradora ao fornecimento de prótese estrangeira, indicada como necessária ao ato cirúrgico a que seria submetido o segurado, dado que o plano de saúde avençado entre as partes possui cláusula contratual clara e expressamente permissiva no tocante à cobertura do material prescrito pelo médico responsável pelo tratamento. É que, como se sabe, cabe ao médico e não à empresa que gerencia o plano de saúde a escolha da terapia mais adequada à cura da doença apresentada pelo segurado. (Apelação Cível 2011.018142-1, da Capital, Des. Eládio Torret Rocha, j.10.11.2011) Por outro lado, o inadimplemento contratual não se subleva em causa idônea ao surgimento de danos morais, se do ilícito não advém consequências excepcionais. Vencida a parte autora apenas no pedido de indenização por danos morais, num universo em que pleiteava a execução do contrato firmado com a ré, força convir que a sua derrota processual foi mínima, o que enseja a aplicação do parágrafo único do art. 21 do CPC, com a verba de sucumbência totalmente a cargo da acionada.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL 2010.045553-6
RELATOR: JOÃO HENRIQUE BLASI
JULGAMENTO: 04/06/2012

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. AMBIENTE. POSSIBILIDADE TÉCNICA DE LIGAÇÃO DA RESIDÊNCIA À REDE COLETORA. OBRIGATORIEDADE DA CONEXÃO. I. É obrigatória, ex vi da Lei Nacional n. 11.445/07 (art. 54), a ligação de toda edificação urbana permanente à rede de canalização de esgoto, razão pela qual inexiste possibilidade de exclusão de qualquer particular desse encargo, a menos que tecnicamente impossível, o que não ocorre no caso concreto, sob pena de comprometimento do meio ambiente e da saúde da comunidade, e, de conseguinte, é admissível a cobrança da tarifa ou do preço público decorrente. II. Conquanto não tenha havido, na sentença,

alusão à réplica e aos documentos a elas adunados, a sentença fundou-se no conjunto de elementos probatórios coligidos, na esteira do princípio do livre convencimento motivado do juiz, consubstanciado no art. 131 do Código de Processo Civil, e do poder de ampla instrução processual, que é corolário daquele (CPC, art. 130), nada havendo de írrito. III. Faz jus a assistente judiciária nomeada em favor da autora à percepção de honorários advocatícios, a serem pagos pelo Estado, em URHs.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCESSO: RECURSO INOMINADO 2011.100348-9
RELATOR: MARGANI DE MELLO
JULGAMENTO: 12/07/2012

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. CARÁTER EXPERIMENTAL NÃO VERIFICADO. RECURSO DESPROVIDO. Na forma do art. 51, inc. IV, do Código de Defesa do Consumidor, revela-se abusiva a cláusula que exclui o custeio dos materiais indispensáveis à realização de procedimento cirúrgico amparado pelo plano de saúde. É inaceitável que o contrato permita a operação e não arque com o material essencial ao seu implemento (Apelação Cível n. 2007.040810-4, Sexta Câmara de Direito Civil, relator Des. Stanley da Silva Braga, DJe de 01.06.2011. Não bastasse, não restou comprovado o caráter experimental do material, já que a recorrente limitou-se a juntar o parecer elaborado pelo próprio Sistema UNIMED no ano de 2007, sendo impossível acreditar que tal produto seja experimental, ou seja, que ainda esteja sujeito a testes e experimentos que comprovem a efetividade do material, uma vez que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária possui regulamentação autorizando o uso do produto em território nacional (Apelação Cível n. 2012.013285-4, da Capital, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, julgada em 25/05/2012). Todavia, entendo que deve haver uma distinção entre a patologia alcançada e a terapia. Não me parece razoável que se exclua determinada opção terapêutica se a doença está agasalhada no contrato. Isso quer dizer que se o plano está destinado a cobrir despesas relativas ao tratamento, o que o contrato pode dispor é sobre as patologias cobertas, não sobre o tipo de tratamento para cada patologia alcançada pelo contrato. Na verdade, se não fosse assim, estar-se-ia autorizando que a empresa se substituísse aos médicos na escolha da terapia adequada de acordo com o plano de cobertura do paciente. E isso, pelo menos na minha avaliação, é incongruente com o sistema de assistência à saúde, porquanto quem é senhor do tratamento é o especialista, ou seja, o médico que não pode ser impedido de escolher a alternativa que melhor convém à cura do paciente. Além de representar severo risco para a vida do consumidor. (...) Nesse sentido, parece-me que a abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno do momento em que instalada a doença coberta em razão de cláusula limitativa. É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é responsável

pela orientação terapêutica. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor (STJ - Resp 668.216/SP. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito). Sentença bem lançada, confirmada por seus próprios fundamentos.

ARGENTINA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
EXPEDIENTE: P. 35. XLIV
JULGAMENTO: 06/03/2012

DIREITO PREVIDENCIÁRIO SANITÁRIO. INCAPACIDADE. SEGURO SAÚDE. OBRAS SOCIAIS. Vistos os autos: "Recurso de fato na causa Pérez de Capiello, Marta c/ Instituto de Seguros de Jujuy e Estado Provincial". Considerando: 1º) Que a autora, em representação de seu filho declarado incapaz por padecer de uma psicose esquizofrênica, iniciou uma ação de amparo contra o Instituto de Seguros de Jujuy e o Estado Provincial, a fim de obter o restabelecimento dos serviços assistenciais que gozava seu filho como afiliado aderente a essa obra social, da qual havia sido retirado em virtude de que ao receber uma prestação não contributiva por invalidez, tinha a possibilidade de acender ao Programa Federal de Saúde, ao qual a Província de Jujuy se encontrava adstrita. 2º) Que o Tribunal Contencioso Administrativo local deu lugar à pretensão, a cujo efeito considerou que o art. 77 da lei 24.938 estabelecia que os beneficiários de uma pensão não contributiva por invalidez eram livres de optar por sua afiliação ao Instituto Nacional de Serviços Sociais para Jubilados e Pensionistas, a Secretaria de Desenvolvimento Social da Presidência da Nação ou as obras sociais da lei 23.660 (art. 1°, inciso a), de maneira tal que a eleição do deficiente por conservar a obra social de sua mãe para continuar o tratamento que vinha recebendo através do Instituto de Seguros de Jujuy, era plenamente eficaz para esses efeitos. 3º) Que apelada essa decisão, o Superior Tribunal de Justiça de Jujuy, por maioria, a revogou. Para isso estimou que a parte autora se havia apressado em interpor a ação de amparo, uma vez que o gerente do Programa Federal de Saúde da Província havia informado que se podia incluir seu filho nesse plano e não se havia demonstrado que tal programa não cobriria suas necessidades, tal como a demandante alegava sem haver realizado antes os trâmites pertinentes. 4º) Que contra tal pronunciamento a demandante deduziu o recurso extraordinário cuja denegação deu origem à presente queixa, que suscita o exame de questão federal para seu tratamento pela via escolhida, cujos fundamentos o Tribunal comparte. 5º) Que a natureza dos interesses em debate e o manifestado pela autora e o Defensor Oficial quanto à conveniência de que o tratamento assistencial continue no âmbito em que se desenvolve atualmente, justifica que esta Corte, fazendo uso das faculdades que lhe outorga o art. 16 da lei 48, se expressa em forma definitiva com relação à pretensão da amparista, a fim de tutelar devidamente os direitos comprometidos no litígio (doutrina de Fallos: 318:1246). 6º) Que o que aqui se discute diz respeito à aplicação, inteligência e interpretação de normas federais, como são as que tutelam o direito à saúde dos deficientes e as que regulam o

Programa Federal de Saúde. Neste plano, o Tribunal não se encontra limitado pelos argumentos das partes ou do *a quo*, pois lhe incumbe realizar uma declaração sobre o ponto debatido (Fallos: 320:1602 y 323:1656). 7º) Que não se encontra discutido que o filho da demandante haja sido declarado incapacitado pelas autoridades administrativas pertinentes e em juízo, encontrando-se sob a curatela de sua mãe; que é afiliado ao Instituto de Seguros de Jujuy desde julho de 1990, em seu caráter de aderente à cobertura de saúde de sua progenitora, obra social que lhe ofertou assistência integral para sua patologia psiquiátrica de conformidade com o estabelecido no regime jurídico básico e de integração para as pessoas deficientes previsto pela lei local 4398; e que em junho de 2004 se deu baixa em sua afiliação frente à constatação que dava conta da existência de uma pensão não contributiva por invalidez na qual figuravam descontos para o Programa Federal de Saúde. 8º) Que o debate versa acerca de ter a demandada a obrigação de continuar cobrindo em forma integral as prestações básicas por incapacidade que a autora reclama para seu filho, ou se este deveria receber assistência do Programa Federal de Saúde ao qual todavia não se encontra afiliado. 9º) Que o texto originário do art. 41, inciso e, da lei 4282, em virtude do qual o deficiente obteve sua cobertura de saúde no Instituto de Seguros de Jujuy, estabelecia que os filhos incapacitados maiores de 21 anos a cargo do afiliado titular, seriam considerados beneficiários indiretos do Seguro de Saúde, sempre que convivessem com aquele e não se achassem amparados obrigatoriamente por outro sistema de saúde similar. 10) Que o Instituto de Seguros alegou a existência de uma dupla cobertura como fundamento para dar baixa na afiliação. Sem embargo, tal duplicidade nunca existiu. Com efeito, o art. 1º do decreto 945/97, regulamentador da lei 24.734, prevê que os beneficiários de pensões não contributivas por invalidez terão direito de fazer uso dos serviços do sistema de saúde, sempre que não gozarem de qualquer outra obra social, seja como afiliados diretos ou como aderentes a cargo de um familiar, suposto na qual se achava o filho da demandante. 11) Que a representante do Programa Federal de Saúde de Jujuy informa à peticionária que seu filho podia ser adstrito a esse plano de saúde, em caso de não possuir outra cobertura análoga. Depreende-se que a afiliação ao Programa Federal de Saúde não tinha caráter obrigatório mas era optativo para o deficiente que já estava coberto pela obra social de sua mãe. Tal opção não foi exercida em virtude de que supunha uma mudança na instituição psiquiátrica que o amparava desde vários anos e seu traspasso a outra que não tinha - em seu entender - as condições necessárias para atendê-lo. 12) Que, em tais condições, toda vez que a afiliação do deficiente ao Instituto se havia produzido como consequência da aplicação do mencionado art. 41 da lei 4282, cujos requisitos aparecem cumpridos neste caso, e dado que sua situação também se encontra contemplada no art. 15 da lei 4398, que estabelece a afiliação ao Instituto de Seguros de Jujuy dos que foram declarados incapacitados – tivessem ou não recursos -, corresponde ordenar à demandada que restitua ao filho da autora os serviços assistenciais que gozava, sem prejuízo da cobertura integral que tal organismo

deverá ofertar nos termos do art. 16 da última lei citada, em virtude de sua particular condição, amparada no art. 48 da Constituição Provincial. 13) Que a proteção ínsita em tal garantia constitucional não constitui mero enunciado programático, mas que pesam sobre a estrutura local responsabilidades semelhantes -que se projetam sobre as entidades públicas e privadas desse âmbito- às quais incumbem à Nação na esfera federal, o que não implica desconhecer o papel que tem o Estado Nacional de subsidiar as prestações de saúde a cargo da jurisdição provincial no caso em que essas não puderam ser previstas, aspecto que não foi alegado pelo organismo em este juízo (conf. doutrina de Fallos: 321:1684; 323:3229; 328:4398, y párrafos 1 y 2 del art. 28 del Pacto de San José de Costa Rica).14) Que, além disso, não cabe impor à pessoa com deficiência maior mortificação que a que seu próprio estado ocasiona, compelindo-a a acudir a órgãos alheios a sua cobertura de saúde, máxime quando o traslado fora da órbita em que recebe sua assistência médica habitual representa um dispêndio de fundos e recursos humanos que subtrai possibilidades de tratamento a outros enfermos que o necessitam no sistema geral de saúde pública. 15) Que a consideração deste aspecto resulta congruente com a obrigação assumida pelo Estado Nacional em virtude do disposto no art. 12, apartados 1 e 2, inciso d, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais -incorporado a nosso direito interno pela lei 23.313, com valor constitucional segundo o disposto no art.75, inc. 22, da Lei Fundamental- que exige dos Estados firmantes o reconhecimento do direito de toda pessoa ao desfrute do mais alto nível possível de saúde física e mental, para o que se comprometem a criar as condições que assegurem, a todos, assistência médica em caso de enfermidade (voto da juíza Highton de Nolasco na causa "Gómez, Mirta Liliana", publicado em Fallos: 327:5270). Por isso, em concordância com os fundamentos do ditame da senhora Procuradora Fiscal, o Tribunal resolve: dar lugar ao recurso de fato, declarar procedente o recurso extraordinário, revogar a sentença apelada e ordenar ao Instituto de Seguros de Jujuy que restabeleça a cobertura de Raymundo Tomás Capiello com o alcance indicado na presente. Agrégue-se a queixa ao principal, notifique-se e devolva-se. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO – CARLOS S. FAYT - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (según seu voto).

ORIGINAL

DIREITO PREVIDENCIÁRIO SANITÁRIO. INCAPACIDADE. SEGURO SAÚDE. OBRAS SOCIAIS. *Vistos los autos: "Recurso de hecho en la causa Pérez de Capiello, Marta c/ Instituto de Seguros de Jujuy y Estado Provincial". Considerando: 1º) Que la actora, en representación de su hijo declarado incapaz por padecer una psicosis esquizofrénica, inició una acción de amparo contra el Instituto de Seguros de Jujuy y el Estado Provincial, a fin de obtener el restablecimiento de los servicios asistenciales que gozaba su hijo como afiliado adherente a esa obra social, de la cual había sido dado de baja en razón de que*

al percibir una prestación no contributiva por invalidez, tenía la posibilidad de acceder al Programa Federal de Salud, al que la Provincia de Jujuy se encontraba adscripta. 2º) Que el Tribunal Contencioso Administrativo local hizo lugar a la pretensión, a cuyo efecto consideró que el art. 77 de la ley 24.938 establecía que los beneficiarios de uma pensión no contributiva por invalidez eran libres de optar por su afiliación al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, la Secretaría de Desarrollo Social de la Presidencia de la Nación o las obras sociales de la ley 23.660 (art. 1°, inciso a), de manera tal que la elección del minusválido por conservar la obra social de su madre para continuar el tratamiento que venía recibiendo a través del Instituto de Seguros de Jujuy, era plenamente eficaz a esos efectos. 3º) Que apelada esa decisión, el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, por mayoría, la revocó. Para ello estimó que la parte actora se había apresurado en interponer la acción de amparo, toda vez que el gerente del Programa Federal de Salud de la Provincia le había informado que podía incluirse a su hijo em ese plan y no se había demostrado que dicho programa no cubriera sus necesidades, tal como la demandante alegaba sin haber realizado antes los trámites pertinentes. 4º) Que contra dicho pronunciamiento la demandante dedujo el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la presente queja, que suscita el examen de cuestión federal para su tratamiento por la vía elegida, cuyos fundamentos el Tribunal comparte. 5º) Que la naturaleza de los intereses en debate y lo manifestado por la actora y el Defensor Oficial en orden a la conveniencia de que el tratamento asistencial continúe en el ámbito en que se desarrolla en la actualidad, justifica que esta Corte, haciendo uso de las facultades que le otorga el art. 16 de la ley 48, se expida en forma definitiva respecto de la pretensión de la amparista, a fin de tutelar debidamente los derechos comprometidos en el litigio (doctrina de Fallos: 318:1246). 6º) Que lo que aquí se discute atañe a la aplicación, inteligencia e interpretación de normas federales, como son las que tutelan el derecho a la salud de los discapacitados y las que regulan el Programa Federal de Salud. En este plano, el Tribunal no se encuentra limitado por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto debatido (Fallos: 320:1602 y 323:1656). 7º) Que no se encuentra discutido que el hijo de la demandante ha sido declarado incapacitado por las autoridades administrativas pertinentes y en juicio, encontrándose bajo la curatela de su madre; que es afiliado al Instituto de Seguros de Jujuy desde julio de 1990, en su carácter de adherente a la cobertura de salud de su progenitora, obra social que le brindó una asistencia integral para su patología psiquiátrica de conformidad con lo establecido en el régimen jurídico básico y de integración para las personas discapacitadas previsto por la ley local 4398; y que en junio de 2004 se dio de baja su afiliación frente a la constancia que daba cuenta de la existencia de una pensión no contributiva por invalidez en la que figuraban descuentos para el Programa Federal de Salud. 8º) Que el debate versa acerca de si atañe a la demandada la obligación de continuar cubriendo en forma integral las prestaciones básicas por discapacidad que la actora reclama para su hijo,

o si éste debería recibir asistencia del Programa Federal de Salud al que todavía no se encuentra afiliado. 9º) Que el texto originario del art. 41, inciso e, de la ley 4282, en virtud del cual el minusválido obtuvo su cobertura de salud en el Instituto de Seguros de Jujuy, establecía que los hijos incapacitados mayores de 21 años a cargo del afiliado titular, serían considerados beneficiarios indirectos del Seguro de Salud, siempre que convivieran con aquél y no se hallasen amparados obligatoriamente por otro sistema de salud similar. 10) Que el Instituto de Seguros alegó la existencia de una doble cobertura como fundamento para dar de baja la afiliación. Sin embargo, dicha duplicidad nunca existió. En efecto, el art. 1º del decreto 945/97, reglamentario de la ley 24.734, prevé que los beneficiarios de pensiones no contributivas por invalidez tendrán derecho de hacer uso de los servicios del sistema de salud, siempre que no gozaren de cualquier otra obra social, ya sea como afiliados directos o como adherentes a cargo de un familiar, supuesto en el que se hallaba el hijo de la demandante. 11) Que la representante del Programa Federal de Salud de Jujuy informa a la peticionaria que su hijo podía ser adscripto a ese plan de salud, en caso de no poseer otra cobertura análoga. Se desprende de ello, que la afiliación al Programa Federal de Salud no tenía carácter obligatorio sino que era optativo para el discapacitado que ya estaba cubierto por la obra social de su madre. Dicha opción no fue ejercida en virtud de que suponía un cambio en la institución psiquiátrica que lo amparaba desde hacía varios años y su traspaso a otra que no tenía -a su entender- las condiciones necesarias para atenderlo. 12) Que, en tales condiciones, toda vez que la afiliación del minusválido al Instituto se había producido como consecuencia de la aplicación del mencionado art. 41 de la ley 4282, cuyos requisitos aparecen cumplidos en el caso, y dado que su situación también se encuentra contemplada en el art. 15 de la ley 4398, en cuanto establece la afiliación al Instituto de Seguros de Jujuy de los que hubieran sido declarados discapacitados -tuvieran o no recursos-, corresponde ordenar a la demandada que restituya al hijo de la actora los servicios asistenciales de los que gozaba, sin perjuicio de la cobertura integral que dicho organismo deberá brindarle en los términos del art. 16 de la última ley citada, en virtud de su particular condición, amparada por el art. 48 de la Constitución Provincial. 13) Que la protección ínsita en dicha garantía constitucional no constituye una mera enunciación programática, sino que pesan sobre la estructura local responsabilidades semejantes -que se proyectan sobre las entidades públicas y privadas de ese ámbito- a las que incumben a la Nación en la esfera federal, lo cual no implica desconocer el rol que tiene el Estado Nacional en subsidio de las prestaciones de salud a cargo de la jurisdicción provincial para el caso en que éstas no pudieran ser provistas, aspecto que no ha sido alegado por el organismo en este juicio (conf. doctrina de Fallos: 321:1684; 323:3229; 328:4398, y párrafos 1 y 2 del art. 28 del Pacto de San José de Costa Rica). 14) Que, por lo demás, no cabe imponer a la persona con discapacidad una mayor mortificación que la que su próprio estado le ocasiona, compeliéndola a acudir a órganos ajenos a su cobertura de salud, máxime cuando el traslado fuera de la

órbita en que recibe su asistencia médica habitual, representa un dispendio de fondos y recursos humanos que sustrae posibilidades de tratamiento a otros enfermos que lo necesitan dentro del sistema general de salud pública. 15) Que la consideración de este aspecto resulta congruente con la obligación asumida por el Estado Nacional en virtud de lo dispuesto en el art. 12, apartados 1 y 2, inciso d, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -incorporado a nuestro derecho interno por ley 23.313, con rango constitucional según lo dispuesto en el art.75, inc. 22, de la Ley Fundamental- en cuanto exige a los Estados firmantes el reconocimiento del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, para lo cual se comprometen a crear las condiciones que aseguren, a todos, asistencia médica en caso de enfermedad (voto de la jueza Highton de Nolasco en la causa "Gómez, Mirta Liliana", publicado en Fallos: 327:5270). Por ello, en concordancia con los fundamentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, el Tribunal resuelve: hacer lugar al recurso de hecho, declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y ordenar al Instituto de Seguros de Jujuy que restablezca la cobertura de Raymundo Tomás Capiello con el alcance indicado en la presente. Agréguese la queja al principal, notifíquese y devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO – CARLOS S. FAYT - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ARGENTINA
SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA NAÇÃO
EXPEDIENTE: F. 259. XLVI
JULGAMENTO: 13/03/2012

ÉTICA SANITÁRIA. ABORTO. ESTUPRO. PROTEÇÃO INTEGRAL DA MULHER. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. Vistos os autos: "F., A. L. s/ medida auto satisfativa", Considerando: 1º) Que A.F., na representação de A.G., sua filha de 15 anos de idade, na data de 14 de janeiro de 2010, solicitou à justiça penal da Província de Chubut —perante a qual propôs uma ação contra O.C., marido daquela, pelo estupro de A. G.— que autorizasse a interrupção da gravidez da criança adolescente mencionada, com base no previsto no artigo 86, incisos 1º e 2º, do Código Penal. Nessa oportunidade, assinalou que na data de 3 de dezembro de 2009 havia denunciado o estupro ante o Ministério Fiscal da Província de Chubut e que, no dia 23 do mesmo mês e ano, um certificado médico relatou que A.G. estava na oitava semana de gestação. O juiz penal ordenou a entrega do caso ao Ministério Público. Este último declarou que não era competente para apreciar o caso. A mãe de A.G. iniciou então a medida auto satisfativa que originou a presente ação e, na data de 22 de janeiro de 2010, reeditou perante a justiça de família suas solicitações anteriores, vinculadas à interrupção da gravidez de sua filha. Tais petições foram rechaçadas em primeira instância e na Câmara, não obstante os informes que refletiam que A.G., "apresentava sintomas de depressão... (e) ideias suicidas

persistentes" e que "a gravidez era vivida como um evento estranho, invasivo… No seu mundo interno era impossível, incompatível e intolerável qualificar como filho a quem seria filho do pai de seus irmãos, filho do marido da sua mãe…" portanto se estimou que "a continuidade desta gravidez contra a vontade da criança implicava grave risco para sua integridade psicofísica, incluindo risco de vida". 2º) Que o Superior Tribunal de Justiça da Província de Chubut revogou a decisão da instância anterior admitindo a solicitação da senhora A.F. Na sentença, ditada por distintos fundamentos de seus membros, houve acordo que: a) o caso enquadrava-se no suposto de "aborto não punível" previsto no inciso 2º, primeira parte do artigo 86 do Código Penal; b) que essa hipótese de interrupção da gravidez era compatível com a Constituição e convencional e c) que, devido à exigência de autorização judicial para essa prática, a mesma lhe foi outorgada a fim de concluir a controvérsia levantada no caso. A intervenção médica abortiva assim autorizada se realizou finalmente no dia 11 de março de 2010 no Centro Materno Infantil do Hospital Zonal de Troew. 3º) Que aquela decisão foi recorrida por meio de um recurso extraordinário interposto, em representação do nascituro, pelo Assessor Geral da Província de Chubut em seu caráter de Tutor *Ade-Litem* e Assessor de Família e Incapazes, que foi concedido, não obstante a mencionada prática médica ter sido realizada, com fundamento na gravidade institucional que representava o caso. Em sua apresentação, o recorrente errou por entender que, com a interpretação do artigo 86, inciso 2º, do Código Penal efetuou-se o *a quo*, ao não se ter restringido a procedência dessa autorização ao caso da vítima violada portadora de deficiência mental ou demente, ignorou-se o plexo constitucional-convencional segundo o qual o Estado Argentino protege a vida a partir da concepção (Constituição Nacional, artigo 75, inciso 23; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, artigo 1º; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 3º e 4º; Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 3º e 6º; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 6º; Convenção sobre os Direitos da Criança, Preâmbulo, artigo 1º e 6º. 4º) Que a senhora Defensora Geral da Nação assumiu a representação da criança A.G. e expressou que caberia confirmar a sentença apoiando-se no fato de que entendia que todos os casos de gravidez forçada —vítimas de estupros— deviam ser considerados como abortos não puníveis, mais precisamente, como casos particulares da hipótese geral de perigo para a saúde da gestante (artigo 86, inciso 1º, do Código Penal). Igualmente, a Defensora Pública de Menores e Incapazes requeria que se anulasse a sentença recorrida. Em ambas as apresentações se pediu que este Tribunal declarasse a admissibilidade do recurso sob exame, como fizeram os diversos *amicus curiae* que se apresentaram solicitando a confirmação ou a revogação da sentença. Oportunamente, se dispôs remeter o caso ao senhor Procurador Fiscal, quem sustentou que a questão deveria ser declarada abstrata. 5º) Que sendo assim, este Tribunal considera que não representa obstáculo para o exercício de sua jurisdição o fato de que as queixas mencionadas carecem de atualidade por ter ocorrido o aborto da menor A.G. no Centro Materno Infantil

de Troew. Dessa forma, para remediar essa situação de frustração do papel que deve ter todo Tribunal ao qual se preveja a função de garantidor supremo dos direitos humanos, corresponde estabelecer que se tornam justiçáveis aqueles casos suscetíveis de repetição, mas que esperariam a sua revisão por circunstâncias análogas àquelas antes mencionadas (conforme acórdão: 310:819, considerando 6º e 7º do voto da maioria e da dissidência, e suas citações; 324:5, 4061). Como consequência, se faz necessário decidir as questões propostas ainda sem utilidade no caso de recair o pronunciamento, com a finalidade de que o critério do Tribunal seja expresso e conhecido para a solução de casos análogos que possam surgir no futuro. 6º) Que as queixas do recorrente suscitam uma questão federal apta para análise nesta instância de recurso, toda vez que se coloque que o tribunal superior da causa comprometeu preceitos reconhecidos pela Constituição Nacional e por tratados internacionais de igual hierarquia ao interpretar o artigo 86, inciso 2º, do Código Penal (artigo 14, inciso 3º, lei 48), ainda mais se levado em conta que vários organismos internacionais se pronunciaram censurando, em casos análogos, a interpretação restritiva do acesso ao aborto não punível por parte de outras instâncias judiciais (cfr. Observações Finais do Comitê de Direitos Humanos e Observações Finais do Comitê dos Direitos da Criança, Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 de 22/03/2010 e CRC/C/ARG/CO/3-4, do 21/06/2010, respectivamente). 7º) Que este Tribunal considera oportuno e necessário responder àqueles a partir de uma construção argumentativa que permita harmonizar a totalidade do plexo normativo invocado como violado, à luz dos pronunciamentos de diversos organismos internacionais, cuja jurisdição o Estado Argentino aceitou por meio da assinatura dos tratados, pactos e convenções que desde 1994 integram o ordenamento jurídico constitucional como lei suprema da Nação (artigo 75, inciso 22, da Constituição Nacional), e que geram, frente ao descumprimento expresso, responsabilidades de caráter internacional. Nesse sentido, este Tribunal se encontra limitado na sua decisão pelos argumentos das partes ou do *a quo* e, portanto, apenas lhe cabe realizar uma declaração sobre o ponto em questão. (Acórdão: 331:735 e suas citações). 8º) Que ao efetuar essa tarefa de harmonização que envolve normativa do mais alto nível bem como outra de direito comum — artigo 86, inciso 2º, do Código Penal. Desde tal perspectiva e à luz do princípio de reserva constitucional (artigo 19 da Constituição Nacional), deve-se concluir que a realização do aborto não punível aí previsto não esteja sujeito ao cumprimento de nenhum trâmite judicial. 9º) Que corresponde, em primeiro lugar, apontar que a partir do artigo 75, inciso 23, da Constituição Nacional torna-se impossível extrair base alguma para sustentar a tese defendida pelo recorrente. Em primeiro lugar, porque é necessário advertir que este se refere a uma cláusula em cujo artigo a Constituição atribui ao Poder Legislativo tanto a faculdade de promover, mediante ações positivas, o exercício e gozo dos direitos fundamentais, particularmente o respeito aos grupos tradicionalmente discriminados (Acórdão: 329:3089, considerando 17) como a de ditar um regime de seguridade social que proteja a mãe durante a gravidez e tempo de

amamentação. Desse modo, a referência específica ao marco normativo de proteção social à criança, desde a gravidez, integra um suposto mandato para que se estabeleçam, em geral, políticas públicas promotoras dos direitos humanos. Portanto, em atenção tanto ao objetivo que sustenta essa previsão como aos próprios fatos de seu enunciado, a partir dos quais se percebe que a competência atribuída a este poder na matéria visa ditar um marco normativo específico de seguridade social e não punitivo, torna-se claro que, dessa norma, nada se pode derivar para definir, no sentido que se propunha, a questão relativa aos abortos não puníveis em geral. A descrição acima se torna ainda mais forte se considerado que, ainda que a Convenção Constituinte de 1994, em sua última sessão, tenha gerado um amplo debate sobre o direito à vida, o que está certo é que nenhuma oportunidade refletiu uma vontade que pretendesse definir a questão relativa ao aborto ou limitar o alcance do artigo 86, inciso 2º, do Código Penal ao suposto da vítima violada ser portadora de deficiência mental ou demente (ver sobre esse respeito, Convenção Nacional Constituinte 1994, 34ª Reunião, 3ª Sessão Ordinária [continuação], 19 de agosto de 1994, 2.- Harmonização dos artigos 67 e 86 da Constituição Nacional, Tomo VI, Centro de Estudos Jurídicos e Sociais, Ministério da Justiça da Nação, República Argentina, págs. 6145/6198). Portanto, não se pode afirmar validamente que tenha sido vontade do constituinte limitar de modo algum o alcance do aborto não punível previsto na mencionada norma ao caso da vítima de violação ser incapaz mentalmente. 13) Que das previsões estabelecidas nos documentos internacionais citados não existe nada que corresponda interpretar, de modo restritivo, o alcance do artigo 86 inciso 2º, do Código Penal. 14) Que com base no fato de que das normas constitucionais e convencionais se considera necessário assinalar que existem outras cláusulas de igual hierarquia bem como princípios básicos de hermenêutica estabelecidos na jurisprudência deste Tribunal que o obrigam a interpretar tal norma com o alcance amplo que dela efetuara o *a quo*. 15) Que nesse sentido, é necessário pontuar que os princípios de igualdade e de proibição de toda discriminação, que são eixos fundamentais da ordem jurídica constitucional argentina e internacional e que nesse caso possuem, ainda, uma aplicação específica referente a toda mulher vítima de violência sexual, conduzem a adotar a interpretação ampla dessa norma (Constituição Nacional, artigo 16; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, artigo 2º; Declaração Universal de Direitos Humanos, artigos 2º e 7º; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigos 2.1 e 26; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigos 2° e 3°, e Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigos 1.1 e 24; além dos tratados destinados à matéria em campos específicos: Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, especialmente artigos 2º, 3º e 5º a 16, e Convenção sobre os Direitos da Criança, artigo 2°; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, artigos 4.f e 6.a). Com efeito, reduzir por via de interpretação a autorização da

interrupção da gravidez somente a casos que sejam consequência de uma violação cometida contra uma incapaz mental implicaria estabelecer uma distinção irracional de tratamento com toda vítima de análogo delito que se encontre em igual situação e que, por não responder a nenhum critério válido de diferenciação, não pode ser admitida (Acórdão: 332:433 e suas citações). Especialmente quando, na definição do alcance da norma, está envolvido o adequado cumprimento do dever estatal de proteção de toda vítima desse tipo de fato, uma vez que obriga conferir-lhe atenção médica integral, tanto de emergência como de forma continuada (ver a esse respeito, Corte Interamericana de Direitos Humanos, "Fernández Ortega vs. México", sentença de 30 de agosto de 2010, parágrafos 124 e 194). 16) Que, de outra forma, da dignidade das pessoas, reconhecida em várias normas convencionais (artigo 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; artigo 1º, Declaração Universal dos Direitos Humanos; e Preâmbulos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem), se infere o princípio que as consagra como um fim em si mesmas e prevê que sejam tratadas utilitariamente. Este princípio de inviolabilidade das pessoas implica rechaçar a exegese restritiva da norma segundo a qual esta só considera, como um exemplo de aborto não punível, aquele praticado com relação a uma gravidez que seja consequência do estupro de uma incapaz mental. Com efeito, a pretensão de exigir, a toda outra vítima de um delito sexual, interromper a gravidez, que é um ataque contra seus direitos mais fundamentais, torna-se desproporcionada e contrária ao postulado derivado do mencionado princípio que impede exigir às pessoas que realizem, em benefício de outras ou de um bem coletivo, sacrifícios de ordem impossível de ser medida (cfr. Nino, Carlos Santiago, Ética e Direitos Humanos, Editorial Paidos, Buenos Aires, 1984, págs. 109 e ss.; A legítima defesa, Fundamentação e regime jurídico, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, págs. 59, 63 e ss.). 17) Que, por sua vez, os princípios de estrita legalidade e *pro homine* obrigam a adotar a interpretação ampla desse suposto normativo que estabelece a não punição do aborto praticado com respeito a uma gravidez que seja consequência de um estupro. Assim, a decisão relativa ao alcance desse preceito se encontra limitada de antemão por esses princípios que obrigam, respectivamente, "priorizar uma exegese [que esteja]… em consonância com o princípio político criminal que caracteriza o direito penal como a última *ratio* do ordenamento jurídico e… privilegiar a interpretação legal que mais direitos implique ao ser humano frente ao poder estatal" (Acórdão: 331:858, considerando 6° e 329:2265). Portanto, deve-se adotar a interpretação segundo a qual não seja punível a interrupção da gravidez proveniente de toda forma de violação porque uma exegese em sentido contrário - que reduza a não punição desta prática apenas ao caso de uma incapaz mental - amplia substancialmente o alcance do castigo penal e nega, a toda outra vítima de uma violação que se encontre nessa situação, o direito de aceder a esta prática. 18) Que, não obstante, entender-se que o suposto de aborto não punível contemplado no artigo 86, inciso 2º, do Código Penal compreende o *a quo* que se

pratique com respeito a toda gravidez que seja consequência de uma violação, independente da capacidade mental de sua vítima, este Tribunal Supremo considera oportuno e necessário ampliar os termos deste pronunciamento. Isso se deve a que em média, nessa matéria, um importante grau de desinformação levou os profissionais da saúde a condicionar a realização dessa prática a uma autorização judicial e é esse procedimento que representa obstáculo para a implementação dos casos de abortos não puníveis legislados em nosso país desde a década de 1920. Nesse sentido, este Tribunal quer deixar claro que sua intervenção visa esclarecer a confusão reinante no que se refere aos abortos não puníveis e a fim de evitar frustrações de direito, de modo tal que se configurem supostos de responsabilidade internacional. Para tal é conveniente transcrever o artigo 86 do Código Penal que estabelece que "o aborto praticado por um médico diplomado com o consentimento da mulher grávida, não é punível: 1º) Caso se tenha realizado com o objetivo de evitar perigo para a vida ou saúde da mãe e caso este perigo não possa ser evitado por outros meios; 2º) Caso a gravidez seja proveniente de uma violação ou de um atentado ao pudor cometido a uma mulher com deficiência mental ou demente. Neste caso, o consentimento de seu representante legal deverá ser requerido para o aborto". Assim, de uma aplicação, ao particular, das pautas interpretativas fixadas por este Tribunal de que "a primeira fonte de exegese da lei é sua letra" (Acórdão: 304:1820; 314:1849) e que "não se deve dar um sentido que ponha em conflito suas disposições, mas que as concilie e conduza a uma integral harmonização de seus preceitos" (Acórdão: 313:1149), se impõe concluir que, ainda mediando a mais mínima e sistemática exegese praticada sobre tal preceito, não é punível toda interrupção de uma gravidez que seja consequência de uma violação sexual com independência da capacidade mental de sua vítima. A essa conclusão se chega a partir de uma série de razões. Em primeiro lugar, porque da simples leitura do artigo 86, inciso 2º, do Código Penal se evidencia que o legislador, ao utilizar uma conjunção disjuntiva ao se referir a "…se a gravidez provém de uma violação sexual ou de um atentado ao pudor cometido contra uma mulher com deficiência mental ou demente" (ênfase adicionada), previu dois supostos diferentes para o caso de gravidez proveniente de um delito dessa natureza. Entretanto, um exame conjunto e sistemático dos diferentes parágrafos previstos nesta norma também conduz a adotar sua interpretação ampla. Com efeito, esse preceito começa sua redação estabelecendo, como premissa geral, que por sua técnica de redação constitui um requisito comum para os dos supostos que detalha em seguida, que não serão puníveis os abortos aí previstos que foram praticados por um médico diplomado com o consentimento da mulher grávida. É precisamente porque esse extremo não é aplicável com relação à mulher incapaz, que, como exceção a tal requisito geral, na última parte do segundo suposto previsto, teve que se estabelecer de forma expressa que "neste caso" - referência que só pode aludir ao caso do atentado ao pudor e que obriga distingui-lo, desde o aspecto semântico, do de violação sexual — "o consentimento de seu representante legal deverá ser

requerido para o aborto". Portanto, deve-se descartar a tese restritiva, pois outorga uma indevida proeminência a uma das partes da norma deixando inoperante suas demais previsões. Mas, ainda, a esta conclusão também se chega analisando essa norma de modo conjunto com as disposições relativas aos fatos ilícitos que podem causar gravidez não consentida pelas crianças, adolescentes ou mulheres que são suas vítimas. Com efeito, o mencionado artigo 86, inciso 2º, do Código Penal, em concordância com o sistema dos abusos sexuais (regulados a partir do artigo 119 do mesmo corpo legal), diferencia dois grupos de causas de gravidez: a violação propriamente dita e o atentado ao pudor contra uma mulher "com deficiência mental ou demente". Como a lei se refere às causas de gravidez, o "atentado ao pudor" não pode ser senão um acesso carnal ou alguma outra situação atentatória contra a sexualidade da vítima que produza uma gravidez. Posto que todo acesso carnal contra uma mulher com deficiências mentais é considerado uma forma de violação sexual(a imprópria), não é possível sustentar que quando o princípio diz "violação sexual" também se refira ao mesmo tipo de vítima. É evidente que por exclusão, "violação sexual" se refere ao acesso carnal violento ou coativo contra mulheres não "portadoras de deficiência mental nem dementes". O mesmo ocorre com as menores de treze anos, cuja menção não é necessária porque a lei descarta a validez de seu consentimento, e declara que qualquer acesso carnal com elas é uma violação sexual (imprópria). Portanto, essa análise sistemática do artigo 86, inciso 2º, do Código Penal em conjunto com as disposições que tipificam os supostos de violência sexual que, ao provocar uma gravidez, dão lugar a sua aplicação, corrobora para que qualquer vítima destes que se encontre em tal circunstância possa realizar um aborto não punível e que, no caso das deficientes mentais e incapazes, que não podem consentir o ato, cabe a seus representantes legais. Isto se confirma tendo em conta, ademais, que, ao se formular essa norma referindo-se à violação e ao atentado ao pudor, traduziu-se –inadequadamente, destacando que esta última figura por definição não implica acesso carnal- a correlativa prevista no Anteprojeto do Código Suíço de 1916, que constitui sua fonte e que estipulava como aborto não punível o praticado a uma gravidez fruto de dois supostos diferentes: a violação ou acesso carnal produzido a uma incapaz mental que era denominado "profanação". 19) Que ao ter como base as considerações precedentes de que o artigo 86, inciso 2º, do Código Penal deve ser interpretado com um alcance amplo, cabe deter-se ao ocorrido no presente caso com a jovem A.G., quem teve que atravessar um longo processo judicial para poder assegurar seu direito de obter a interrupção de uma gravidez que foi consequência de uma violação sexual ou estupro. A judicialização dessa questão, que por sua reiteração constitui uma verdadeira prática institucional, ademais de ser desnecessária e ilegal, é questionável porque obriga a vítima do delito a expor publicamente sua vida privada, e é também contraproducente porque a demora na sua realização põe em risco tanto o direito à saúde da solicitante como seu direito ao acesso à interrupção da gravidez em condições seguras.

Chegado a este ponto, o Tribunal considera imperativo destacar que, apesar de que o Código Penal argentino regula há noventa anos diferentes supostos específicos de despenalização do aborto, como o trazido para discussão perante este Tribunal (artigo 86, inciso 2º), continua uma prática *contra legem*, fomentada pelos profissionais da saúde e convalidada por distintos operadores dos poderes judiciais tanto nacionais como provinciais, que faz caso omisso daqueles preceitos, exigindo aí onde a lei nada reclama, requisitos tais como a solicitação de uma autorização para praticar a interrupção da gravidez produto de um estupro ou que, como no caso, termina adquirindo caraterísticas intoleráveis à luz de garantias e princípios constitucionais e convencionais que são lei suprema da Nação. 20) Que é devido a isso que este Tribunal se vê forçado a ter que recordar, tanto a profissionais da saúde como aos distintos operadores dos diferentes poderes judiciais nacionais ou provinciais, que por império do artigo 19 da Constituição Nacional, que consagra o princípio de reserva como complemento da legalidade penal, ficou expressamente dito por vontade do constituinte que "nenhum habitante da Nação será obrigado a fazer o que não manda a lei, nem privado do que ela não proíbe". 21) Que tendo em mente aquela obrigação constitucional é que se deve interpretar a letra do artigo 86, inciso 2º, do Código Penal e por tal razão, deve-se concluir que quem se encontra nas condições aí descritas, não pode nem deve ser obrigada a solicitar uma autorização judicial para interromper sua gravidez, toda vez que a lei não obriga, como tampouco pode nem deve ser privada do direito que lhe é conferido à interrupção da mesma e que, longe de estar proibido, está permitido e não pode ser punível. 22) Que, em atenção ao expresso nas considerações precedentes, este Tribunal se vê na necessidade de advertir, aos profissionais da saúde, a impossibilidade de evitar suas responsabilidades profissionais uma vez deparando-se com a situação fática contemplada na referida norma. Por outro lado, recorda aos diferentes operadores dos distintos poderes judiciais do país que, segundo o texto do artigo 86 do Código Penal, o que previu o legislador é que, se concorrem as circunstâncias que permitem a interrupção da gravidez, é a grávida que solicita prática, junto ao profissional da saúde, quem deve decidir realizá-lo e não um magistrado a pedido do médico. 23) Que fazer o contrário, significaria que um poder do Estado, como o é o judicial, cuja primordial função é velar pela plena vigência das garantias constitucionais e convencionais, intervenha interpondo um obstáculo extra e prejudicando uma concreta situação de emergência sanitária, pois qualquer magistrado chamado a comprovar a concorrência de uma causa de não punibilidade subordinaria o exercício de um direito expressamente reconhecido pelo legislador no artigo 86, inciso 2º, do Código Penal, a um trâmite burocrático, desnecessário e carente de sentido. 24) Que ainda, respeitar o preceituado pelo artigo 19 da Constituição Nacional significa, de acordo com o referido na consideração anterior, que o aborto não punível é aquele praticado por "um médico com o consentimento da mulher grávida" (artigo 86 do Código Penal) circunstância essa que deve aventar todo tipo de tentativa de exigir mais de um profissional da saúde para que

intervenha na situação concreta, pois, uma exigência tal, constituiria um impedimento de acesso incompatível com os direitos em jogo nessa permissão que o legislador quis outorgar. Por outra parte, as práticas de solicitação de consultas e a obtenção de autorização conspiram indubitavelmente contra os direitos de quem tenha sido vítima de estupro, o que se traduz em processos burocráticos dilatórios da interrupção legal da gravidez que elevam a potencialidade de uma proibição implícita - e por tanto *contra legem* – do aborto autorizado pelo legislador penal. Ainda assim se deve assinalar que esta prática irregular não só contrapõe as obrigações que a mencionada Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra Mulher, em seu artigo 7º, implica ao Estado com respeito a toda vítima de violência, mas, ainda, pode ser considerada, em si mesma, um ato de violência institucional nos termos dos artigos 3º e 6º da lei 26.485 que estabelece o Regime de Proteção Integral para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres no âmbito em que desenvolvem suas relações interpessoais. Por isso, nos termos do presente acordão com respeito a dois alcances correspondentes ao artigo 86, inciso 2º, do Código Penal, assim como a autoridade suprema do pronunciamento, que se deriva do caráter de intérprete último da Constituição Nacional e das leis, que possui o Tribunal (Acórdão: 324:3025; 332:616), tornam-se suficientes para eliminar qualquer dúvida que pudessem existir nesses profissionais da saúde com relação a não punibilidade dos abortos praticados por aquelas que afirmem serem vítimas de estupro. Como consequência, e descartada a possibilidade de uma persecução penal para aqueles que realizem as práticas médicas em casos como os examinados nos autos, insistir em condutas como a assinalada não pode senão ser considerada como uma barreira ao acesso aos serviços de saúde, devendo seus autores responder pelas consequências penais e de outra índole que pudesse surgir de suas ações. 25) Que quando o legislador despenalizou nessa medida autorizada a prática de um aborto, é o Estado, como garantidor da administração da saúde pública, o que tem a obrigação, sempre que concorram as circunstâncias que habilitam um aborto não punível, de por à disposição, de quem solicita prática, as condições médicas e higiênicas necessárias para realizá-lo de maneira rápida, acessível e segura. Rápida, porque se deve ter em conta que neste tipo de intervenção médica qualquer demora pode representar sérios riscos para a vida ou a saúde da grávida. Acessível e segura, pois, uma vez legal, não devem existir obstáculos médico–burocráticos ou judiciais para aceder à mencionada prestação que ponham em risco a saúde ou a própria vida de quem a reclama (ver a esse respeito, Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em junho de 1999). 26) Que a partir do expresso nas considerações precedentes, este Tribunal acredita ser oportuno recordar que distintos órgãos de aplicação dos tratados de direitos humanos se pronunciaram censurando o Estado Argentino por não garantir o acesso oportuno à prática dos abortos não puníveis como uma questão de saúde pública e sem ingerência do Poder Judicial (Comitê de Direitos Humanos, CCPR/C/101/D/1608/2007, de 29/03/11; Observações Finais do Comitê de

Direitos da Criança; Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/3-4). 27) Que finalmente, o respeito ao estabelecido no artigo 19 da Constituição Nacional se traduz em que o artigo 86, inciso 2º, do Código Penal não exige nem a denúncia nem a prova de estupro como tampouco sua determinação judicial para que uma criança, adolescente ou mulher possa aceder à interrupção de uma gravidez produto de um estupro. Essa situação de ausência de regras específicas para aceder ao aborto permitido em caso de violação sexual supõe tão somente como necessário que a vítima deste fato ilícito, ou seu representante, manifestem perante o profissional tratante, declaração jurada afirmando que aquele ilícito é a causa da gravidez, uma vez que qualquer imposição de outro tipo não resultará procedente, pois significará incorporar requisitos adicionais aos estritamente previstos pelo legislador penal. Com efeito, tal como assinalado pela Organização Mundial de Saúde, a exigência de que as vítimas de estupro, para ser autorizado o aborto, tenham que levantar acusações contra seu agressor, obter informações policiais, requerer autorização de um tribunal ou satisfazer qualquer outro requisito que não seja medicamente necessário, pode se transformar em uma barreira que desencoraje aqueles que têm expectativas legítimas de buscar serviços sem riscos e de forma rápida. Estes requisitos, elaborados para identificar "casos fabricados", atrasam o cuidado necessário e aumentam a probabilidade de abortos não seguros ou, inclusive, podem levar à recusa da prática porque a gravidez está muito avançada (ver a esse respeito, "Aborto sem riscos. Guia Técnico e de Políticas para Sistemas de Saúde", OMS, 2003). 28) Ainda que este Tribunal atente à possibilidade de configuração de "casos fabricados", considera que o risco derivado da ação indevida de determinados indivíduos, —que a essa altura só parecem hipotéticos e poderiam representar, eventualmente, um ilícito penal—, não pode ser nunca razão suficiente para impor às vítimas de delitos sexuais obstáculos que violem o gozo efetivo de seus legítimos direitos ou que representem riscos para sua saúde. 29) Que, em razão disso, corresponde exortar as autoridades nacionais e provinciais a implementar e tornar operativos, mediante normas de mais alto nível, protocolos hospitalares para a concreta atenção dos abortos não puníveis visando remover todas as barreiras administrativas ou fáticas ao acesso aos serviços médicos. Em particular, deverão: contemplar pautas que garantam a informação e a confidencialidade à solicitante; evitar procedimentos administrativos ou períodos de espera que atrasem desnecessariamente a atenção e diminuam a segurança das práticas; eliminar requisitos que não estejam medicamente indicados; e articular mecanismos que permitam resolver, sem consequências para a saúde da solicitante, os eventuais desacordos que possam existir, entre o profissional interveniente e a paciente, com respeito à procedência da prática médica requerida. Por outra parte, deve-se dispor de um adequado sistema que permita ao pessoal sanitário exercer seu direito de objeção de consciência sem que isto se traduza em derivações ou demoras que comprometam a atenção da requerente do serviço. A tais efeitos, deve-se exigir que a objeção seja manifestada no momento da implementação do protocolo no início das atividades no

estabelecimento de saúde correspondente, de forma tal que toda instituição que atenda às situações aqui examinadas conte com recursos humanos suficientes para garantir, em forma permanente, o exercício dos direitos que a lei confere às vítimas de violência sexual. 30) Que por último, em virtude da gravidade e transcendência social que reveste a temática abordada no caso, este Tribunal não pode deixar de ressaltar a necessidade de que tanto no âmbito nacional como nos provinciais aumentem os cuidados para garantir às vítimas de violência sexual, de forma imediata, a assistência adequada para proteger sua saúde e integridade física, psíquica, sexual e reprodutiva. Nesse contexto, deve-se assegurar, em um ambiente cômodo e seguro que garanta privacidade, confiança e evite reiterações desnecessárias da vivência traumática, a prestação de tratamentos médicos preventivos para reduzir riscos específicos derivados das violações; a obtenção e conservação de provas vinculadas ao delito; a assistência psicológica imediata e prolongada da vítima, assim como o assessoramento legal do caso. 31) Que, por estas mesmas razões, considera-se indispensável que os distintos níveis de governo de todas as jurisdições implementem campanhas de informação pública, com especial foco nos setores vulneráveis, que façam conhecer os direitos das vítimas de estupro. Ainda assim deve-se capacitar as autoridades sanitárias, policiais, educativas e de qualquer outra espécie para que, no caso de tomar conhecimento de situações de abuso sexual, garantam às vítimas a orientação e informação necessárias que lhes permita aceder, de forma oportuna e adequada, às prestações médicas garantidas pelo marco normativo examinado na presente causa. Portanto, e ouvido o senhor Procurador Fiscal, corresponde: 1) Declarar procedente o recurso extraordinário e, com base nos fundamentos aqui expostos, confirmar a sentença apelada. 2) Exortar as autoridades nacionais, provinciais e da Cidade Autônoma de Buenos Aires, com competência na matéria, a implementar e tornar operativos, mediante normas de mais alto nível, nos termos aqui apresentados, protocolos hospitalares para a concreta atenção aos abortos não puníveis e para a assistência integral de toda vítima de violência sexual. 3) Exortar o Poder Judicial nacional e os poderes judiciais provinciais e da Cidade Autônoma de Buenos Aires a abster-se de judicializar o acesso aos abortos não puníveis previstos legalmente. Notifique-se e, oportunamente, devolva-se. RICARDO LUIS LORENZETTI - OENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAET - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (segundo seu voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAE (segundo seu voto).

ORIGINAL

ÉTICA SANITÁRIA. ABORTO. *ESTUPRO. PROTEÇÃO INTEGRAL DA MULHER. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. Vistos los autos: "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", Considerando: 1º) Que A.F., en representación de A.G., su hija de 15 años de edad, el 14 de enero de 2010, solicitó a la justicia penal de la Provincia del Chubut —ante cuyos estrados se instruía una causa contra O.C., esposo de aquélla, por la violación de A. G.— que se dispusiera la*

interrupción del embarazo de la niña adolescente mencionada, con base en lo previsto en el artículo 86, incisos 1º y 2º, del Código Penal. En esa oportunidad, señaló que el 3 de diciembre de 2009 había denunciado la violación ante el Ministerio Fiscal de la Provincia del Chubut y que, el 23 del mismo mes y año, un certificado médico dio cuenta de que A.G. cursaba la octava semana de gestación. El juez penal ordenó el pase de las actuaciones a la fiscalía. Esta última declaró que ese fuero no era competente para resolver el pedido. La madre de A.G. inició entonces la medida autosatisfactiva que originó la presente causa y, con fecha 22 de enero de 2010, reeditó ante la justicia de familia sus solicitudes anteriores, vinculadas con la interrupción del embarazo de su hija. Tales peticiones fueron rechazadas tanto en la primera instancia como en la cámara, no obstante los informes que reflejaban que A.G., "presentaba síntomas depresivos… (e) ideas suicidas persistentes" y que "el embarazo e[ra] vivido como un evento extraño, invasivo… [E]n su mundo interno e[ra] imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de la madre…" por lo que se estimó que "la continuidad de este embarazo contra la voluntad de [la niña] implica[ba] grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida". 2º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut revocó la decisión de la instancia anterior admitiendo la solicitud de la señora A.F. En la sentencia, dictada por distintos fundamentos de sus miembros, hubo acuerdo en que: a) el caso encuadraba en el supuesto de "aborto no punible" previsto en el inciso 2º, primera parte del artículo 86 del Código Penal; b) que esta hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional y convencional y c) que, pese a la innecesaridad de la autorización judicial de esta práctica, se la otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso. La intervención médica abortiva así habilitada se produjo finalmente el 11 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew. 3º) Que aquella decisión fue recurrida por medio de un recurso extraordinario interpuesto, en representación del nasciturus, por el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces, que fue concedido, no obstante haberse llevado a cabo ya la mencionada práctica médica, con fundamento en la gravedad institucional que presentaba el caso. En su presentación, el recurrente se agravió por entender que, con la interpretación que del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal efectuó el a quo, al no haberse restringido la procedencia de esta autorización al caso de la víctima violada idiota o demente, se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción (Constitución Nacional, artículo 75, inciso 23; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 1º; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 3º y 4º; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 3º y 6º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6º; Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo, artículo 1º y 6º. 4º) Que la señora Defensora General de la Nación asumió la representación

de la niña A.G. y expresó que correspondía confirmar la sentencia apelada al tiempo que entendía que todos los casos de embarazo forzado —víctimas de violaciones— debían ser considerados como abortos no punibles, más precisamente, como casos particulares de la hipótesis general de peligro para la salud de la gestante (artículo 86, inciso 1º, del Código Penal). Asimismo la Defensora Pública de Menores e Incapaces requiriendo que se revocara la sentencia recurrida. En ambas presentaciones se peticionó que este Tribunal declarara la admisibilidad del recurso bajo examen, como así lo hicieron los diversos amicus curiae que se presentaron solicitando la confirmación o la revocación de la sentencia. Oportunamente, se dispuso remitir la causa al señor Procurador Fiscal, quien sostuvo que la cuestión debía declararse abstracta. 5º) Que así las cosas, esta Corte considera que para el ejercicio de su jurisdicción no resultan obstáculo la circunstancia de que los agravios aludidos carezcan de actualidad por haberse llevado a cabo la práctica abortiva a la menor A.G. en el Centro Materno Infantil de Trelew. De ahí que, para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo Tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas (confr. Fallos: 310:819, considerandos 6º y 7º del voto de la mayoría y de la disidencia, y sus citas; 324:5, 4061). En consecuencia, se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aun sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro. 6º) Que los agravios del apelante suscitan una cuestión federal apta para su examen en esta instancia recursiva, toda vez que se plantea que el tribunal superior de la causa comprometió preceptos reconocidos por la Constitución Nacional y por tratados internacionales de igual jerarquía al interpretar el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal (artículo 14, inciso 3º, ley 48), tanto más si se tiene en cuenta que varios organismos internacionales se han pronunciado censurando, en casos análogos, la interpretación restrictiva del acceso al aborto no punible por parte de otras instancias judiciales (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos y Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño, Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010 y CRC/C/ARG/CO/3-4, del 21/06/2010, respectivamente). 7º) Que esta Corte considera oportuno y necesario responder a aquéllos desde uma construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado a través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como ley suprema de la Nación (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), y cuyos dictámenes generan, ante un incumplimiento expreso, responsabilidades de índole internacional. En este orden de ideas, esta Corte se encuentra limitada en su decisión por los

argumentos de las partes o del a quo, sino que tan sólo, le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 331:735 y sus citas). 8º) Que al efectuar esa tarea de armonización que involucra normativa del más alto rango con otra de derecho común —artículo 86, inciso 2º, del Código Penal. Desde tal perspectiva y a la luz del principio de reserva constitucional (artículo 19 in fine de la Constitución Nacional), ha de concluirse en que la realización del aborto no punible allí previsto no está supeditada a la cumplimentación de ningún trámite judicial. 9º) Que corresponde, en primer término, señalar que del artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional resulta imposible extraer base alguna para sustentar la tesis que postula el recurrente. En primer lugar, porque es necesario advertir que este apartado se inserta en una cláusula en cuyo articulado la Constitución le atribuye al Poder Legislativo tanto la facultad de promover, mediante acciones positivas, el ejercicio y goce de los derechos fundamentales, particularmente respecto de los sectores tradicionalmente postergados (Fallos: 329:3089, considerando 17) como la de dictar un régimen de seguridad social que proteja a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia. De este modo, la referencia específica al marco normativo de protección social al niño, desde el embarazo, integra un supuesto concreto del mandato constituyente para que se establezcan, en general, políticas públicas promotoras de los derechos humanos. Por ello, en atención tanto al objetivo que anima esta previsión como a los propios términos de su enunciado, de los que surge que la competencia atribuida a este poder en la materia lo fue a los efectos de dictar un marco normativo específico de seguridad social y no uno punitivo, resulta claro que, de esta norma, nada se puede derivar para definir, en el sentido que se propugna, la cuestión relativa a los abortos no punibles en general, y al practicado respecto del que es consecuencia de una violación, en particular. Lo dicho cobra aun mayor fuerza si se tiene en cuenta que, si bien en la Convención Constituyente de 1994, en su última sesión, se generó un amplio debate sobre el derecho a la vida, lo cierto es que en ninguna oportunidad quedó plasmada una voluntad que pretendiera ni definir la cuestión relativa al aborto ni limitar el alcance del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal al supuesto de la víctima violada idiota o demente (ver al respecto, Convención Nacional Constituyente 1994, 34ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [continuación], 19 de agosto de 1994, 2.- Armonización de los artículos 67 y 86 de la Constitución Nacional, Tomo VI, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, págs. 6145/6198). Por lo tanto, no puede afirmarse válidamente que haya sido voluntad del constituyente limitar de modo alguno el alcance del supuesto de aborto no punible previsto en la mencionada norma al caso de la víctima de violación que fuera incapaz mental. 10.....13) Que de las previsiones establecidas em los Documientos internacionales citados nada hay que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del artículo 86 inciso 2º, del Código Penal. 14) Que sentado que de las normas constitucionales y convencionales se considera necesario remarcar que existen otras cláusulas de igual jerarquía así como principios básicos de

hermenéutica establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que obligan a interpretar dicha norma con el alcance amplio que de ésta efectuara el a quo. 15) Que en este orden de ideas, es necesario puntualizar que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, que son ejes fundamentales del orden jurídico constitucional argentino e internacional y que en este caso poseen, además, una aplicación específica respecto de toda mujer víctima de violencia sexual, conducen a adoptar la interpretación amplia de esta norma (Constitución Nacional, artículo 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 2º; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 2º y 7º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2° y 3°, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1.1 y 24; además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, especialmente artículos 2º, 3º y 5º a 16, y Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2°; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, artículos 4.f y 6.a). En efecto, reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida (Fallos: 332:433 y sus citas). Máxime cuando, en la definición del alcance de la norma, está involucrado el adecuado cumplimiento del deber estatal de protección de toda víctima de esta clase de hechos en cuanto obliga a brindarle atención médica integral, tanto de emergencia como de forma continuada (ver al respecto, Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Fernández Ortega vs.México", sentencia del 30 de agosto de 2010, apartados 124 y 194). 16) Que por lo demás, de la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales (artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 1º, Declaración Universal de los Derechos Humanos; y Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribe que sean tratadas utilitariamente. Este principio de inviolabilidad de las personas impone rechazar la exégesis restrictiva de la norma según la cual ésta sólo contempla, como un supuesto de aborto no punible, al practicado respecto de un embarazo que es la consecuencia de una violación a una incapaz mental. En efecto, la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de

envergadura imposible de conmensurar (cfr. Nino, Carlos Santiago, Ética y Derechos Humanos, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984, págs. 109 y ss.; La legítima defensa, Fundamentación y régimen jurídico, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, págs. 59, 63 y ss.). 17) Que a su vez, los principios de estricta legalidad y pro homine obligan a adoptar la interpretación amplia de este supuesto normativo que establece la no punibilidad del aborto practicado respecto de un embarazo que sea la consecuencia de una violación. Ello así, por cuanto la decisión relativa al alcance de este precepto se encuentra limitada de antemano por estos principios que obligan, respectivamente, a "priorizar una exégesis [que esté]… en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico y… [a] privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal" (Fallos: 331:858, considerando 6° y 329:2265). Por ello, debe adoptarse la interpretación según la cual no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación porque una exégesis en sentido contrario -que reduzca la no punibilidad de esta práctica al caso de una incapaz mental- amplía sustancialmente el alcance del castigo penal y niega, a toda otra víctima de una violación que se encuentre en esa situación, el derecho a acceder a esta práctica. 18) Que no obstante entenderse que el supuesto de aborto no punible contemplado en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal comprende a aquel que se practique respecto de todo embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima, esta Corte Suprema considera oportuno y necesario ampliar los términos de este pronunciamiento. Ello es así ya que media, en la materia, un importante grado de desinformación que ha llevado a los profesionales de la salud a condicionar la realización de esta práctica al dictado de una autorización judicial y es este proceder el que ha obstaculizado la implementación de los casos de abortos no punibles legislados en nuestro país desde la década de 1920. En esta inteligencia, este Tribunal quiere dejar expresamente aclarado que su intervención lo es a los efectos de esclarecer la confusión reinante en lo que respecta a los abortos no punibles y a fin de evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional. Para ello resulta conveniente transcribir el artículo 86 del Código Penal en cuanto establece que "el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2º) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto". Así, de una aplicación, al particular, de las pautas interpretativas fijadas por esta Corte en cuanto a que "la primera fuente de exégesis de la ley es su letra" (Fallos:304:1820; 314:1849) y que "no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos" (Fallos:313:1149),

se impone concluir que, aun mediando la más mínima y sistemática exégesis practicada sobre dicho precepto, no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima. A esta conclusión se llega a partir de un doble orden de razones. En primer lugar, porque de la mera lectura del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal se evidencia que el legislador, al utilizar una conjunción disyuntiva al referirse a "…(s)i el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente" (énfasis agregado), previó dos supuestos diferentes para el caso de embarazos provenientes de un delito de esta naturaleza. Por su parte, un examen conjunto y sistemático de los diferentes apartados previstos en esta norma también conduce a adoptar su interpretación amplia. En efecto, este precepto comienza su redacción estableciendo, como premisa general, que por su técnica de redacción constituye un requisito común para los dos supuestos que detalla seguidamente, que no serán punibles los abortos allí previstos que fueran practicados por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta. Es precisamente porque este extremo no es aplicable respecto de la mujer incapaz, que, como excepción a dicho requisito general, en la última parte del segundo supuesto previsto, se tuvo que establecer en forma expresa que "en este caso" —referencia que sólo puede aludir al caso del atentado al pudor y que obliga a distinguirlo, desde la sola semántica, del de violación— "el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto". Por ello, debe descartarse la tesis restrictiva en tanto otorga una indebida preeminencia a una de las partes de la norma dejando inoperante sus demás previsiones. Pero además, a esta conclusión también se arriba analizando esta norma de modo conjunto con las disposiciones relativas a los hechos ilícitos que pueden causar embarazos no consentidos por las niñas, adolescentes o mujeres que son sus víctimas. En efecto, el mencionado artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en concordancia con el sistema de los abusos sexuales (regulados a partir del artículo 119 del mismo cuerpo legal), diferencia dos grupos de causas de embarazos: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer "idiota o demente". Como la ley está haciendo referencia a causas de embarazos, el "atentado al pudor" no puede ser sino un acceso carnal o alguna otra situación atentatoria contra la sexualidad de la víctima que produzca un embarazo. Puesto que todo acceso carnal sobre una mujer con deficiencias mentales es considerado ya una forma de violación (la impropia), no es posible sostener que cuando al principio dice "violación" también se refiera al mismo tipo de víctima. Es evidente que por exclusión, "violación" se refiere al acceso carnal violento o coactivo sobre mujeres no "idiotas ni dementes". Lo mismo ocurre con las menores de trece años, cuya mención no es necessária porque la ley descarta la validez de su consentimiento, y declara que cualquier acceso carnal con ellas es ya una violación (impropia). Por ello, este análisis sistemático del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal en conjunto con las disposiciones que tipifican los supuestos de violencia sexual que, de provocar un embarazo, dan lugar a su aplicación,

corrobora que cualquier víctima de éstos que se encuentre en tal circunstancia puede realizarse un aborto no punible y que, en el caso de las deficientes mentales e incapaces, que no pueden consentir el acto, se requiere de sus representantes legales. Esto se confirma teniendo en cuenta, además, que, al formularse esta norma refiriéndose a la violación y al atentado al pudor, se tradujo –inadecuadamente, atento que esta última figura por definición no implica acceso carnal- la correlativa previsión del Anteproyecto del código suizo de 1916, que constituye su fuente y que estipulaba como aborto no punible al practicado respecto de un embarazo que provenía de dos supuestos diferentes: la violación o el acceso carnal producido respecto de una incapaz mental que era denominado "profanación". 19) Que luego de haber sentado en los considerandos precedentes que el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal debe interpretarse con un alcance amplio, corresponde detenerse en lo acontecido en el presente caso con la joven A.G., quien debió transitar un largo derrotero judicial para poder asegurar su derecho a obtener la interrupción de un embarazo que fue consecuencia de una violación. La judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que apareja en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras. Llegado este punto, el Tribunal considera ineludible destacar que, a pesar de que el Código Penal argentino regula desde hace noventa años diferentes supuestos específicos de despenalización del aborto, como el traído a discusión ante este Tribunal (artículo 86, inciso 2º), se sigue manteniendo una práctica contra legem, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación lo que, como en el caso, termina adquiriendo características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación. 20) Que es debido a ello que este Tribunal se ve forzado a tener que recordar, tanto a profesionales de la salud como a los distintos operadores de los diferentes poderes judiciales nacionales o provinciales, que por imperio del artículo 19 in fine de la Constitución Nacional, que consagra el principio de reserva como complemento de la legalidad penal, ha quedado expresamente dicho por voluntad del constituyente que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". 21) Que teniendo a la luz aquella manda constitucional es que debe interpretarse la letra del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal y por dicha razón, se debe concluir que quien se encuentre en las condiciones allí descriptas, no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe

ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible. 22) Que, en atención a lo expresado en los considerandos precedentes, este Tribunal se ve en la necesidad de advertir por una parte, a los profesionales de la salud, la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida. Por la otra, recuerda a los diferentes operadores de los distintos poderes judiciales del país que, según surge del texto del artículo 86 del Código Penal, lo que previó el legislador es que, si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico. 23) Que hacer lo contrario, significaría que un poder del Estado, como lo es el judicial, cuya primordial función es velar por la plena vigencia de las garantías constitucionales y convencionales, intervenga interponiendo un vallado extra y entorpeciendo una concreta situación de emergencia sanitaria, pues cualquier magistrado llamado a comprobar la concurrencia de una causal de no punibilidad supeditaría el ejercicio de un derecho expresamente reconocido por el legislador en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, a un trámite burocrático, innecesario y carente de sentido. 24) Que asimismo, respetar lo preceptuado por el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional significa, en línea con lo referido en el considerando precedente, que el aborto no punible es aquel practicado por "un médico con el consentimiento de la mujer encinta" (artículo 86 del Código Penal) circunstancia ésta que debe aventar todo tipo de intento de exigir más de un profesional de la salud para que intervenga en la situación concreta pues, una exigencia tal, constituiria un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego en este permiso que el legislador ha querido otorgar. Por otra parte, las prácticas de solicitud de consultas y la obtención de dictámenes conspiran indebidamente contra los derechos de quien ha sido víctima de una violación, lo que se traduce en procesos burocráticos dilatorios de la interrupción legal del embarazo que llevan ínsita la potencialidad de una prohibición implícita –y por tanto contra legem– del aborto autorizado por el legislador penal. Asimismo, se debe señalar que esta práctica irregular no sólo contraviene las obligaciones que la mencionada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en su artículo 7º, pone en cabeza del Estado respecto de toda víctima de violencia, sino que, además, puede ser considerada, en sí misma, un acto de violencia institucional en los términos de los artículos 3º y 6º de la ley 26.485 que establece el Régimen de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Por ello, los términos del presente fallo respecto de los alcances que corresponde asignar al artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, así como la autoridad suprema del pronunciamiento, que se deriva del carácter de intérprete último de la Constitución Nacional y de las leyes, que posee el Tribunal (Fallos: 324:3025; 332:616), resultan suficientes para despejar cualquier duda que

pudieran albergar esos profesionales de la salud respecto de la no punibilidad de los abortos que se practiquen sobre quienes invocan ser víctimas de violación. En consecuencia, y descartada la posibilidad de una persecución penal para quienes realicen las prácticas médicas en supuestos como los examinados en autos, la insistencia en conductas como la señalada no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar. 25) Que cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurran las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. Rápida, por cuanto debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada. Accesible y segura pues, aun cuando legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médico–burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama (ver al respecto, Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, desarrollada en junio de 1999). 26) Que a partir de lo expresado en los considerandos precedentes, este Tribunal entiende oportuno recordar que distintos órganos de aplicación de los tratados de derechos humanos se han pronunciado censurando al Estado Argentino por no garantizar el acceso oportuno a la práctica de los abortos no punibles como una cuestión de salud pública y sin injerencia del Poder Judicial (Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/101/D/1608/2007, del 29/03/11; Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño; Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/3-4). 27) Que finalmente, el respeto a lo establecido en el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional se traduce en que el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de um a violación. Esta situación de ausencia de reglas específicas para acceder al aborto permitido en caso de violación supone tan sólo como necesario que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal. En efecto, tal como lo ha señalado la Organización Mundial de la Salud, la exigencia de que las víctimas de violación, para calificar para el aborto, tengan que elevar cargos contra su agresor, obtener informaciones policiales, requerir autorización de un tribunal o satisfacer cualquier otro requisito que no sea médicamente necesario, puede transformarse en una barrera que desaliente a quienes tienen expectativas legítimas de buscar servicios sin riesgos y en forma temprana. Estos

requisitos, diseñados para identificar casos fabricados, retrasan el cuidado necesario y aumenta la probabilidad de abortos no seguros o, incluso, pueden llevar a la negativa de la práctica porque el embarazo está muy avanzado (ver al respecto, "Aborto sin riesgos. Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud", OMS, 2003). 28) Que si bien este Tribunal advierte la posibilidad de configuración de "casos fabricados", considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, —que a estas alturas sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal—, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud. 29) Que, en razón de ello, corresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos. En particular, deberán: contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida. Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual. 30) Que por último, en virtud de la gravedad y trascendencia social que reviste la temática abordada en el caso, esta Corte no puede dejar de señalar la necesidad de que tanto en el ámbito nacional como en los provinciales se extremen los recaudos a los efectos de brindar a las víctimas de violencia sexual, en forma inmediata y expeditiva, la assistência adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva. En ese contexto, deberá asegurarse, en un ambiente cómodo y seguro que brinde privacidad, confianza y evite reiteraciones innecesarias de la vivencia traumática, la prestación de tratamientos médicos preventivos para reducir riesgos específicos derivados de las violaciones; la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito; la asistencia psicológica inmediata y prolongada de la víctima, así como el asesoramiento legal del caso. 31) Que, por estas mismas razones, se considera indispensable que los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones

implementen campañas de información pública, con especial foco en los sectores vulnerables, que hagan conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación. Asimismo deberá capacitarse a las autoridades sanitarias, policiales, educativas y de cualquier otra índole para que, en caso de tomar conocimiento de situaciones de abuso sexual brinden a las víctimas la orientación e información necesaria que les permita acceder, en forma oportuna y adecuada, a las prestaciones médicas garantizadas por el marco normativo examinado en la presente causa. Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, corresponde: 1) Declarar procedente el recurso extraordinario y, por los fundamentos aquí expuestos, confirmar la sentencia apelada. 2) Exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual. 3) Exhortar al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

CHILE
CORTE SUPREMA
ROL 9140-2009
TERCERA SALA
JULGAMENTO: 31/07/2012

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. ERRO MÉDICO. Nestes autos de N° 9140-2009 o Senhor Miguel Rosales deduziu demanda de indenização de prejuízos por falta de serviço contra o Serviço de Saúde Metropolitano Oriente fundado no fato de haver sofrido intervenção cirúrgica no Hospital do Salvador, oportunidade em que o pessoal desse centro assistencial deixou esquecido em seu organismo um pano ou várias compressas, o que posteriormente provocou uma infecção que comprometeu parte do colo, que teve que ser extirpado numa nova operação. Solicitou que se condene a parte demandada ao pagamento de 15 milhões de pesos por dano emergente, 18 milhões de pesos por lucro cessante e 250 milhões de pesos por dano moral. A parte demandada negou a existência de falta de serviço e solicitou a recusa da demanda. A sentença de primeira instância acolheu a demanda apenas no que se refere ao dano moral alegado, fixando-o prudencialmente em cinco milhões de pesos, e recusou os demais. A Corte de Apelaciones de Santiago, conhecendo os recursos de apelação deduzidos pelas partes, revogou a sentença de primeiro grau na parte que acolhia a demanda, e a recusou. Contra esta decisão a parte demandante deduziu recurso de cassação no mérito. CONSIDERANDO:

(...) QUINTO: Que para entrar na análise da causa é preciso consignar que o julgado recorrido estabeleceu como fatos da causa: - Que em 8 de janeiro de 2002 o autor foi internado no Hospital do Salvador com diagnóstico provisório de hérnia incisional e enfisema pulmonar, pessoa que aproximadamente 15 anos antes havia sido submetido a uma gastroplastia ou cirurgia bariátrica de redução de estômago. - Que em 9 de janeiro de 2002 foi submetido a uma intervenção cirúrgica de hernioplastia, instalando-se uma tela de propileno. - Que em 23 de abril de 2002 no Hospital do Salvador foi atendido novamente diagnosticando-se uma nova hérnia e indicando-se cirurgia. - Que em 5 de setembro de 2002 se efetuou por um cirurgião oncologista uma intervenção cirúrgica de exploração devido ao aumento de volume na região epigástrica, encontrando-se secreção purulenta abundante e tecido tipo pano de grande tamanho, que poderia corresponder a várias compressas ou a um pano clínico. - Que dois dias depois de haver sido dada alta desta última operação apresentou um quadro séptico originado na parede abdominal, que foi tratado com antibióticos e se fez laparotomia e retirada da tela antiga infectada, que estava firmemente unida ao colo, devendo-se realizar uma ressecção de um segmento deste órgão. SEXTO: Que no que diz respeito à alteração do *onus probandi* denunciado cabe assinalar que efetivamente os juízes do grau deram por estabelecida a existência de um corpo estranho no interior do organismo do autor, aderido a sua parede abdominal, encontrado na intervenção cirúrgica realizada em setembro de 2002, assim como que com anterioridade, em janeiro desse ano, se havia realizado uma cirurgia de hernioplastia no Hospital do Salvador, na que se instalou uma tela de propileno. De maneira que provada a existência do corpo estranho no organismo do autor se presume a falta de serviço alegada e a relação de causalidade existente entre ela e a infecção que levou à ressecção de parte do colo, correspondendo a parte demandada acreditar que tais apósitos ou panos se explicam por uma causa diversa da intervenção cirúrgica realizada em janeiro de 2002, assim como que a infecção se originou por uma causa distinta, o que não o fez. Ao não resolver dessa forma os juízes de mérito alteraram o ônus da prova, vulnerando com isso o disposto no artigo 1698 do Código Civil. SÉTIMO: Que como consequência do anterior os sentenciadores infringiram também os artigos 4 e 42 da Lei N° 18.575 e 38 da Lei N° 19.366 ao deixar de aplicá-los ao caso dos autos, erros que influíram substancialmente no dispositivo do julgado por quanto incidiram na decisão de rechaçar a demanda, de maneira que o recurso de cassação no mérito deverá ser acolhido. E de conformidade com o que dispõem os artículos 764, 765, 785 e 805 do Código de Procedimiento Civil, se acolhe o recurso de cassação no mérito deduzido pela demandante no principal contra a sentença de 8 de setembro de 2009, que por conseguinte é nula e é substituída pela que se dita em seguida. Registre. Redação a cargo do Ministro Sr. Carreño. Pronunciado pela Tercera Sala desta Corte Suprema, Integrada pelos Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Sonia Araneda B. e Sra. María Eugenia Sandoval G. Não subscreve, não obstante haver participado da vista e do acordo da causa, a Ministro Sra. Araneda por haverem cessado

suas funções. VISTOS: Da sentencia em alçada se eliminam os considerandos decimo-sexto, vigésimo segundo ao vigésimo quinto e trigésimo. E se põe em seu lugar: (...) Terceiro: Que tais fatos acreditados constituem indícios suficientes que permitem presumir a existência da falta de serviço alegada assim como a relação de causalidade existente entre esta e o dano sofrido pelo autor. Com efeito, correspondia ao Serviço de Saúde demandado acreditar que os elementos ou corpos estranhos encontrados na segunda cirurgia praticada em 2002, em setembro, não foram introduzidos em seu organismo na cirurgia precedente, em janeiro desse ano, que fora praticada no Hospital do Salvador, o que não ocorreu. Desde logo se entre ambas as intervenções não houve outra operação ou procedimento cirúrgico que permita explicar a presença de tais apósitos ou pano clínico no abdômen do demandante, apenas cabe concluir que a origem de tais elementos se encontra na intervenção cirúrgica de janeiro de 2002, máxime se no momento de efetuá-la não foram achados, o que leva a descartar terem sido deixados na operação praticada 15 anos antes nesse mesmo centro assistencial. De igual forma, não existe nenhum outro antecedente que explique a razão da infecção que ocasionou ao autor os padecimentos cuja indenização é demanda que não seja a presença de tais elementos ou corpos estranhos em seu organismo. De conformidade ademais com o disposto nos artigos 186 e seguintes do Código de Procedimiento Civil, se confirma a sentença apelada de seis de junho de 2008. Registre e devolva-se com seus agregados. Redação a cargo do Ministro Sr. Carreño. Pronunciado pela Tercera Sala desta Corte Suprema, Integrada pelos Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Sonia Araneda B. e Sra. María Eugenia Sandoval G. Não subscreve, não obstante haver participado da vista e do acordo da causa, a Ministro Sra. Araneda por haverem cessado suas funções. Santiago, 31 de julho de 2012. Autoriza a Ministra de Fe da Excma. Corte Suprema. Em Santiago, a trinta e um de julho de dois mil e doze, notifique na Secretaria pelo Estado Diario a resolução precedente.

ORIGINAL

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. ERRO MÉDICO. *En estos autos rol N° 9140-2009 don Miguel Rosales dedujo demanda de indemnización de perjuicios por falta de servicio en contra del Servicio de Salud Metropolitano Oriente fundado en el hecho de haber sido intervenido quirúrgicamente en el Hospital del Salvador, oportunidad en que el personal de ese centro asistencial dejó olvidado en su organismo un paño o varias compresas, lo que posteriormente le provocó una infección que comprometió parte de su colon, el que debió ser extirpado en una nueva operación. Solicitó se condene a la parte demandada al pago de quince millones de pesos por concepto de daño emergente, dieciocho millones de pesos por lucro cesante y doscientos cincuenta millones de pesos por daño moral. La parte demandada negó la existencia de falta de servicio y solicitó el rechazo de la demanda. La sentencia de primera instancia acogió la demanda sólo en lo que se refiere al daño moral*

alegado, el que fijó prudencialmente en la suma de cinco millones de pesos, y la rechazó en lo demás. La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de los recursos de apelación deducidos por las partes, revocó la sentencia de primer grado en la parte que acogía la demanda, y la rechazó. Contra esta decisión la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo. Se trajeron los autos en relación. CONSIDERANDO: (...) QUINTO: Que para entrar al análisis de la causa es preciso consignar que el fallo recurrido estableció como hechos de la causa: - Que el 8 de enero del año 2002 el actor fue internado en el Hospital del Salvador con diagnóstico provisorio de hernia incisional y efisema pulmonar, persona que aproximadamente quince años antes había sido sometido a una gastroplastía o cirugía bariátrica de reducción de estómago. - Que el 9 de enero de 2002 fue sometido a una intervención quirúrgica de hernioplastía, instalándosele una malla de prolene. - Que el 23 de abril del año 2002 en el Hospital del Salvador fue atendido nuevamente diagnosticándosele una nueva hernia, e indicándosele cirugía. - Que el 5 de septiembre del año 2002 se le efectuó por un cirujano oncólogo una intervención quirúrgica de exploración debido al aumento de volumen en la región epigástrica, encontrándosele secreción purulenta abundante y tejido tipo paño de gran tamaño, que podría corresponder a varias compresas o a un paño clínico. - Que dos días después de haber sido dado de alta de esta última operación presentó un cuadro séptico originado en la pared abdominal, que fue tratado con antibióticos y se le hizo laparotomía y retiro de malla antigua infectada, la que estaba firmemente unida al colon, debiendo realizársele una resección de un segmento de dicho órgano. SEXTO: Que en lo que dice relación con la alteración del onus probandi denunciado cabe señalar que efectivamente los jueces del grado dieron por establecida la existencia de un cuerpo extraño al interior del organismo del actor, adherido a su pared abdominal, encontrado en la intervención quirúrgica que se le realizó en el mes de septiembre del año 2002, así como que con anterioridad, en enero de ese año, se le había realizado una cirugía de hernioplastía en el Hospital del Salvador, en la que se le instaló una malla de prolene. De manera entonces que probada la existencia del cuerpo extraño en el organismo del actor se presume la falta de servicio alegada y la relación de causalidad existente entre ella y la infección que le llevó a la resección de parte del colon, correspondiéndole a la parte demandada acreditar que tales apósitos o paños se explican por una causa diversa a la intervención quirúrgica realizada en enero del año 2002, así como que la infección se originó por una causa distinta, lo que no hizo. Al no resolverlo de esa forma los jueces del fondo alteraron la carga de la prueba, vulnerando con ello lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil. SEPTIMO: Que como consecuencia de lo anterior los sentenciadores infringieron también los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575 y 38 de la Ley N° 19.366 al dejar de aplicarlos al caso de autos, errores que han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo por cuanto incidieron en la decisión de rechazar la demanda, de manera que el recurso de casación en el fondo deberá ser acogido. Y de conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 764, 765, 785 y 805 del Código de Procedimiento

Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por la demandante en lo principal de la presentación de fojas 233 contra la sentencia de ocho de septiembre de dos mil nueve, escrita a fojas 230, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación. Regístrese. Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Sonia Araneda B. y Sra. María Eugenia Sandoval G. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, la Ministro señora Araneda por haber cesado en sus funciones. VISTOS: De la sentencia en alzada se eliminan los considerandos decimosexto, vigésimo segundo al vigésimo quinto y trigésimo. Y se tiene en su lugar y además presente: (...) Tercero: Que tales hechos acreditados constituyen indicios suficientes que permiten presumir la existencia de la falta de servicio alegada así como la relación de causalidad existente entre ésta y el daño sufrido por el actor. En efecto, correspondía al Servicio de Salud demandado acreditar que los elementos o cuerpos extraños encontrados al actor en la segunda cirugía practicada el año 2002, en septiembre, no fueron introducidos en su organismo en la cirugía que le precedió, en enero de ese año, que fuera practicada en el Hospital del Salvador, lo que no ocurrió. Desde luego si entre ambas intervenciones no hubo otra operación o procedimiento quirúrgico que permita explicar la presencia de tales apósitos o paño clínico en el abdomen del demandante, sólo cabe concluir que el origen de tales elementos se encuentra en la intervención quirúrgica de enero del año 2002, máxime si al momento de efectuarse ésta no fueron hallados, lo que lleva a descartar fueran dejados en la operación que quince años antes se le practicara en ese mismo centro asistencial. De igual forma, no existe ningún otro antecedente que explique la razón de la infección que le ocasionó al actor los padecimientos cuya indemnización demanda que no sea la presencia de tales elementos o cuerpos extraños en su organismo. De conformidad además con lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se confirma la sentencia apelada de seis de junio de dos mil ocho, escrita a fojas 126. Regístrese y devuélvase con sus agregados. Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Sonia Araneda B. y Sra. María Eugenia Sandoval G. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, la Ministro señora Araneda por haber cesado en sus funciones. Santiago, 31 de julio de 2012. Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema. En Santiago, a treinta y uno de julio de dos mil doce, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.

COLÔMBIA
CORTE CONSTITUCIONAL
SENTENÇA T-109/12
EXPEDIENTE T-3174061
PRIMEIRA SALA DE REVISÃO

JULGAMENTO: 20/02/2012

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE. I. ANTECEDENTES. Ángela Patricia Recalde propôs uma ação de tutela contra o Ministério da Proteção Social e o Instituto Departamental de Saúde de Nariño (doravante, IDSN), por considerar que as entidades violaram seus direitos fundamentais à igualdade, ao trabalho, ao mínimo necessário para subsistência, e os direitos de sua filha à vida, à seguridade social, e à proteção especial das pessoas portadoras de deficiência. A violação alegada teria origem na recusa das entidades acionadas em isentá-la da prestação do serviço social obrigatório (doravante, SSO) ou, em sua ausência, de conceder uma vaga para realizar o mesmo em uma umidade de saúde na cidade de Pasto, tendo em conta sua condição de mãe de uma criança com deficiência que requer atendimento médico permanente e especializado. (...) II. CONSIDERAÇÕES E FUMDAMENTOS. 1. Competência. Esta Sala de Revisão do Tribunal Constitucional é competente para revisar a decisão proferida no âmbito do processo de referência, com base no disposto nos artigos 86, inciso 3°, e 241, inciso 9°, da Constituição Política, em concordância com os artigos 33, 34, 35 e 36 do Decreto 2591 de 1991. 2. Apresentação do caso e levantamento do problema jurídico. 2.1. A requerente, que se formou na faculdade de medicina da Universidade Cooperativa da Colômbia (com sede em Pasto) solicitou ao Ministério da Proteção Social e ao IDSN, ser isenta da prestação do SSO, argumentando que não pode mover-se do seu local de residência uma vez que é responsável por uma criança com deficiência que depende dela de forma absoluta, e requer atendimento constante e especializado em saúde. Como demanda alternativa ou subsidiária, requereu que lhe designassem uma vaga na cidade de Pasto. 2.2. As autoridades acionadas responderam negativamente à sua solicitação, considerando que (i) a prestação do SSO é um requisito legal para a prática da medicina, que não pode ser omitido em atenção às circunstâncias pessoais de cada interessado; (ii) o requerimento da requerente foi considerado pelo Comitê do Serviço Social Obrigatório do Ministério da Proteção Social, órgão técnico e consultivo que recomendou que o peticionário não fosse isento ao SSO; (iii) a determinação de quem está isento da prestação do SSO, salvo disposição em casos de força maior, é feita por sorteio, tendo em conta que a disponibilidade de vagas é menor do que o número de recém-formados na área da saúde. 2.3. Nesse contexto, cabe à Primeira Sala de Revisão determinar se a decisão das autoridades acionadas, no sentido de não isentar a senhora Ángela Patricia Recalde da prestação do SSO, ou de designar-lhe uma vaga na cidade de Pasto, representa uma violação aos seus direitos fundamentais à igualdade, ao trabalho e à seguridade social; e aos direitos da sua filha à seguridade social, à vida digna e aos direitos do menor com deficiência, levando em conta que a requerente é a chefe da família e que sua filha depende dela de forma absoluta, porque ela sofre de uma doença neurológica grave de caráter degenerativo, que afeta seriamente suas funções vitais. 2.4. Metodologia da decisão. Para resolver o problema levantado, a Sala (i) vai reiterar a jurisprudência sobre a competência

legislativa para estabelecer requisitos de elegibilidade para o exercício de uma profissão e a possibilidade de torná-los mais exigentes quando se trata de carreiras que envolvam responsabilidade social, (ii) o princípio da igualdade e sua relação com a distribuição de bens escassos e os encargos sociais, (iii) o princípio da igualdade e da obrigação de dar tratamento especial às pessoas vulneráveis, destacando (III.1) o caso de crianças com deficiência e (III.2) de mulheres chefes de família. Nesse âmbito, (iv) irá abordar o estudo de um caso específico. 1. O legislador tem poderes para estabelecer os requisitos para a prática de uma profissão. No caso da medicina, essas condições podem ser mais exigentes, devido à relação entre seu exercício, a eficácia de vários direitos fundamentais, e sua capacidade para cumprir as metas sociais de relevância constitucional. (...) 1.4. Sob tais circunstâncias, o legislador estabeleceu como condição para a prática médica a prestação de um serviço social. Esse requisito, cuja regulação vigente se encontra na Lei 1164 de 2007 e na Resolução No. 1058 de 2010 do Ministério da Proteção Social, possui características especiais que, na opinião da Sala, são relevantes para analisar o problema jurídico proposto: (i) O SSO é um serviço de caráter social por meio do qual o Estado pretende melhorar o acesso aos serviços de saúde pela população vulnerável, localizada em regiões vulneráveis, "estimular uma distribuição geográfica adequada dos recursos humanos em saúde. [e] propiciar espaços para o desenvolvimento pessoal e profissional daquele que inicia sua vida profissional no setor da saúde"; (ii) dadas suas finalidades, o SSO é exercido por profissionais, o que garante a qualidade na prestação dos serviços, e de onde se percebe (iii) a decisão do Legislador de garantir aos recém-formados uma remuneração adequada, e benefícios sociais, situação que levou o Tribunal a considerar que durante o SSO podem se apresentar os elementos constitutivos do contrato de trabalho. 1.5. O SSO pode ser cumprido através da participação dos recém-formados em qualquer uma das seguintes modalidades: (i) planos de saúde pública ou programas de saúde e prevenção de doenças, (ii) programas destinados às populações vulneráveis, como prisioneiros, deslocados, indígenas, crianças abandonadas e núcleos de população idosa, (iii) programas de pesquisa em saúde em instituições apoiadas pelo Colciencias, (iv) prestação de serviços profissionais ou especializados de saúde em IPS que prestem serviços de saúde às populações deprimidas de zonas rurais ou urbanas. 1.6. De acordou com o artigo 13 da Resolução No. 1058 de 2010, a seleção dos profissionais se realiza mediante sorteio e se orienta pelos princípios de transparência e igualdade de condições para todos os aspirantes. Dada a infraestrutura da rede de instituições prestadoras de serviços de saúde do Estado, atualmente existe um déficit de vagas em relação ao número de recém-formados interessados em ocupá-las, o que implica a exclusão de alguns profissionais por meio do sorteio mencionado. Além disso, existem outras razões para isenção legal que se referem a (i) algumas formas de homologação/aprovação por estudos ou serviços previamente realizados, e (ii) a demonstração de circunstâncias de força maior ou caso fortuito. 2. O princípio da igualdade e

sua relação com a distribuição de bens escassos e encargos sociais. Os critérios para a distribuição dos ônus e benefícios são uma manifestação do princípio da igualdade. Ao estabelecer estes critérios, o legislador faz uma distinção entre os grupos que pode ser legítima se respeitar os princípios da não discriminação, igualdade de oportunidades, e proteção especial para pessoas ou grupos vulneráveis. (...) 2.6. Por essas razões, nem todo tratamento diferencial é censurável do ponto de vista constitucional. Um tratamento diferenciado com base em motivos legítimos também é constitucionalmente legítimo e um tratamento diferenciado que não se apoie nessas razões deve ser considerado discriminatório e, portanto, proibido. Como o que define o respeito ou a violação do princípio/direito à igualdade são as razões nas quais se fundamenta uma diferenciação de tratamento, a análise de igualdade recebe, em um primeiro momento, o nome de juízo de razoabilidade, e consiste em determinar se medidas adotadas pelos órgãos competentes, que supõe uma diferenciação entre dois grupos, estão apoiadas em razões constitucionalmente legítimas. 2.7. Além disso, o Tribunal estabeleceu que um tratamento diferenciado baseado em uma razão constitucionalmente legítima pode ser inconstitucional se restringe desproporcionalmente os direitos fundamentais de uma (ou de algumas) pessoa(s). Dessa forma, à análise de igualdade se incorporou também o juízo de proporcionalidade, composto pelos subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. 2.8. Um cenário em que a aplicação do princípio da igualdade supõe importantes desafios é aquele que se refere à distribuição de bens escassos e encargos públicos. Nesses cenários, o legislador, e outras autoridades (como as universidades no exercício de sua autonomia) entenderam que, juntamente com os critérios objetivos de repartição de benefícios, tais como o mérito e a igualdade de condições entre os aspirantes, faz-se necessário implementar medidas positivas para corrigir a distribuição desigual dos bens originada em circunstâncias históricas de discriminação, ou em situações de marginalização social e geográfica. 2.9. O Tribunal considerou que a distribuição de benefícios e encargos implica uma decisão na qual se escolhe outorgar ou impor algo a determinadas pessoas ou grupos e, portanto, uma distinção, da qual resulta a relação entre esta distribuição e o princípio da igualdade. Consequentemente, os critérios pelos quais a distribuição é feita devem: (i) cumprir com o princípio da igualdade de oportunidades para todas as partes interessadas, (ii) ser transparentes, (iii) estar predeterminados e (iv) não afetar desproporcionalmente os direitos de algumas pessoas. Além disso, (v) devem ser determinados, tendo em conta a natureza dos bens ou encargos a serem impostos, uma análise que, geralmente, corresponde aos poderes Legislativo e Executivo do governo. A partir dos mandatos 2º e 3º da Constituição, a Corporação considerou que o sistema de cotas, ou a concessão de tratamento preferencial a pessoas vulneráveis ou em condições críticas, são medidas constitucionalmente permitidas desde que cumpram mandatos de razoabilidade e proporcionalidade. 3. As crianças portadoras de deficiência são titulares de todos os direitos humanos, e em especial, dos direitos ao desenvolvimento de

suas habilidades, ao respeito por sua identidade, o direito de manter suas relações familiares, e de obter um tratamento digno e especial, de caráter favorável, por parte das autoridades públicas. (...) 3.4. O quadro normativo constitucional para a proteção das pessoas portadoras de deficiência se encontra nos artigos 13 (especialmente incisos 2º e 3º), 47, 54 e 68 da Constituição Política. A partir desses artigos se apreende, de maneira ampla, a obrigação de adotarem-se medidas para a promoção, proteção e garantia dos direitos das pessoas com deficiência. Essas obrigações devem ser interpretadas e, caso seja necessário, complementadas por normas derivadas dos compromissos assumidos pelo Estado no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos frente às pessoas com deficiência. O Estado, ainda, tem a obrigação de adotar medidas que permitam o desenvolvimento máximo de sua autonomia, respeito, proteção e garantia de seus direitos fundamentais, a eliminação das barreiras físicas e sociais que impedem o gozo efetivo dos mesmos, e dificultam sua integração à sociedade. 3.5. O conteúdo e a natureza das medidas que, de forma concreta, o Estado deve adotar, é objeto de discussão no âmbito dos direitos humanos, devido ao fato de que a vulnerabilidade desse grupo populacional e o tipo de discriminação que o afeta difere do que ocorre com outros grupos sociais, principalmente, pela profunda incompreensão da sociedade com a situação das pessoas com deficiência. (...) 3.7. Os enfoques "social" e "médico" coexistem na ordem jurídica colombiana, ainda que com a recente aprovação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, inspirada em grande medida no enfoque social, este adquire cada vez mais força normativa no plano interno. O segundo, no entanto, permanece relevante para a elaboração de políticas de seguridade social, e de atendimento em saúde e educação da população com deficiência, o que explica sua permanência, pesem as debilidades recém mencionadas. 3.8. A partir do enfoque social, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência acrescenta valiosas ferramentas normativas e hermenêuticas para a adoção de medidas e políticas de proteção dessa população. Assim, o conceito de "ajustes razoáveis" significa a possibilidade de efetuar os ajustes necessários em infraestrutura e políticas públicas para adequar o meio às pessoas com deficiência sem implicar grandes gastos; o "desenho universal" implica que o desenvolvimento de produtos e instalações seja concebido para o uso de todos os grupos populacionais, independentemente das diversidades funcionais; e o princípio de "tomada de consciência", implica que o Estado capacite seus agentes para a compreensão da diversidade funcional, e para a eliminação de barreiras sociais. 3.9. Do marco normativo recentemente apresentado, relativo aos direitos dos menores com deficiência, se apreende a obrigação estatal de dar um tratamento preferencial às crianças e adolescentes com deficiência, e se estabelecem obrigações e critérios importantes para determinar o interesse superior do menor, e o alcance das medidas de proteção específicas a serem adotadas frente a esse grupo populacional no qual estão presentes duas condições de vulnerabilidade. 4. A Constituição obriga as autoridades a conferir proteção especial à mulher chefe de família. Os âmbitos nos

quais se desenvolve essa proteção tem sido desenvolvidos pelo Legislador, com o propósito de (i) eliminar padrões históricos de discriminação, (ii) adotar medidas afirmativas para com as mãe e mulheres em geral, chefes de família, e (iii) conferir proteção às pessoas sob sua responsabilidade. (...) 4.5 Com relação ao SSO, não existe atualmente nenhuma norma de caráter legislativo ou jurisprudencial que preveja a isenção da mulher chefe de família de seu cumprimento. Para a Sala, ainda que corresponda ao Congresso da República avançar na elaboração de medidas de "apoio especial" para mulheres chefe de família, é pertinente indicar que não parece existir, de maneira evidente, uma norma ligada ao artigo 43 que ordene uma exceção ao SSO para esse grupo populacional. O sentido desta reflexão parte da concepção do SSO como um requisito de caráter dual para o exercício da medicina, portanto comporta uma dimensão de encargo (condição para o exercício da profissão), mas também uma dimensão de bem jurídico (por sua relação já explicada com o direito ao trabalho). Com relação à dimensão do SSO que incide positivamente nas condições e oportunidades de trabalho daqueles recém-formados em medicina, não parece evidente que prever a isenção para mulheres chefes de família seja uma medida que as beneficie, pois, precisamente, um dos fatores de vulnerabilidade destas mulheres é a dificuldade de incorporar-se ao mercado de trabalho. 4.6. Em síntese, a obrigação de proteger a mulheres chefes de família pretende assegurar a igualdade entre os sexos, compensar os encargos sociais que tradicionalmente afrontam as mulheres chefes de família, e garantir meios adequados de subsistência aos menores sob sua responsabilidade. As medidas concretas de proteção foram desenvolvidas pelo Legislador e a jurisprudência do Tribunal Constitucional sem que, até o momento, se tenha estabelecido por via legal ou jurisprudencial, a isenção de prestar o Serviço Social Obrigatório como medida de proteção a esse grupo populacional. 5. Do caso concreto. 5.1. A decisão do Ministério de Proteção Social e do IDSN, no sentido de negar o pedido da requerente de ser isenta da prestação do SSO, ou de lhe ser conferida em uma vaga na cidade de Pasto, em princípio, está em conformidade com lei e os princípios constitucionais relacionados ao exercício da medicina. No entanto, cabe determinar se no âmbito do caso concreto sua aplicação pode implicar o desconhecimento dos direitos fundamentais da requerente. 5.2. No caso em questão é possível concluir que as autoridades acionadas, com efeito, violaram os direitos fundamentais da requerente e criaram uma ameaça aos direitos de sua filha menor com deficiência. Esse encargo, no âmbito do caso concreto, é uma posição inaceitável, pois consiste em conceber que a deficiência da menor é uma barreira para o acesso à educação e a um posto de trabalho, e coloca a requerente diante do dilema de buscar a satisfação de suas aspirações acadêmicas, profissionais e familiares (em benefício de sua própria filha), ou conceder o cuidado e atenção requeridos pela menor. A partir desses pressupostos, no caso abordado se evidencia que não existe um meio legal e/ou regulamentado para analisar situações de especial relevância constitucional que possam opor-se ao cumprimento do SSO, como a que afeta a requerente

e o bem-estar de uma menor em clara condição de debilidade. 5.3. O serviço social é um requisito para o exercício da medicina. De forma sucinta, (i) o serviço é prestado por recém-formados, isso é, por pessoas que obtiveram o título profissional cumprindo todos os requisitos acadêmicos para tal. Portanto, são profissionais preparados e não estudantes praticando; (ii) o caráter social do serviço se manifesta na pretensão legislativa de melhorar o acesso aos serviços de saúde pelas populações marginais e grupos humanos vulneráveis. Nesse sentido, constitui um encargo imposto aos profissionais da área da saúde, derivado do princípio de solidariedade e justificado a partir de propósitos constitucionalmente legítimos que se baseiam na obtenção de benefícios para o sistema de saúde, provendo serviços sanitários a setores que enfrentam dificuldades de acesso aos mesmos, e (re)configurando a distribuição geográfica dos profissionais na área da saúde. (iii) Ainda, os recém-formados que prestam o serviço recebem uma remuneração financeira, bem como o reconhecimento de benefícios sociais, portanto o Tribunal considerou que no desenvolvimento do SSO se podem apresentar todos os elementos do contrato de trabalho (ver, supra, consideração 1.4). Portanto, (iv) ainda que seja evidente que o SSO tem impacto na formação do médico, é importante reconhecer que não se trata propriamente de um requisito acadêmico, dado que as pessoas que prestam o serviço já foram aprovadas nos exames de aptidão, provêm serviços de qualidade a populações que necessitam, e obtêm seus primeiros recursos e experiência derivados do exercício profissional. 5.4. Ainda que uma dimensão constitua, com efeito, um encargo derivado do princípio de solidariedade social, o SSO possui outra dimensão, estreitamente vinculada à satisfação do direito ao trabalho, o que o converte em um bem de importância jurídica para os recém-formados, pois seu desempenho se resume em benefício de suas condições de ingresso na vida profissional. 5.5. Devido à infraestrutura atual da rede pública de instituições prestadoras de serviços de saúde, o número de vagas disponíveis para realizar o SSO é inferior ao número de recém-formados interessados em incorporar-se ao mesmo, o que confirma que se trata de um bem escasso, cuja distribuição deve atender critérios que não se traduzam em uma restrição desproporcional dos direitos de algumas das pessoas que se apresentam com o propósito de ocupar as vagas públicas disponíveis. 5.6. Pois bem, em conformidade com as regras que se referem à realização do SSO existem duas vias pelas quais uma pessoa pode ser excluída do mesmo: de um lado, encontram-se os pressupostos de força maior e caso fortuito, para os quais o legislador obedece à razão evidente de que nesses eventos a pessoa não pode cumprir o serviço por motivos alheios à sua vontade. 5.7. Por outro lado, como se explicou, os interessados participam de um sorteio de vagas a partir do qual, o acaso define tanto o lugar de prestação do serviço como a exclusão de algumas pessoas (dada a situação de falta de vagas já explicada). 5.8. Observa a Sala, em tal sentido, que o sorteio é apropriado para assegurar que as vagas não sejam distribuídas a partir de critérios constitucionalmente inadmissíveis, como as recomendações pessoais ou as relações de amizade entre autoridades

e interessados no SSO; ou ainda, que não sejam recusados determinados profissionais por motivos de sexo, cor de pele, ideologia, ou outros fatores similares. O sorteio não discrimina porque, de maneira metafórica, é cego à situação pessoal e às relações sociais dos interessados e, portanto, se apresenta como adequado, *prima facie*, para garantir a eficácia do princípio de igualdade formal e proibição da discriminação. 5.9. No entanto, essa mesma cegueira frente às circunstâncias particulares dos interessados na prestação do serviço, impede que o sorteio leve em conta as condições reais ou materiais de vulnerabilidade ou debilidade evidentes do aspirante e, portanto, não tem o mesmo potencial para atender às obrigações de tratamento especial derivadas do conteúdo normativo dos incisos 2º e 3º do artigo 13 da Constituição. 5.10. Os parágrafos precedentes permitem concluir que as duas hipóteses de isenção contempladas pelo legislador podem ser insuficientes para dar uma resposta à situação de pessoas que, por motivos de relevância constitucional, argumentem a impossibilidade de prestar o SSO. Como se percebe a partir das reflexões recentemente esboçadas, o acaso é, na regulação atual, uma razão válida para a isenção, mas não ocorre o mesmo, por outro lado, com motivos relacionados com o respeito aos direitos fundamentais de grupos vulneráveis e pessoas em condição de clara debilidade. 5.11. Nesse sentido, a Sala concederá o amparo aos direitos fundamentais da requerente e de sua filha, pois a situação fática evidencia a necessidade de manter unido o núcleo familiar, por um lado; e de assegurar que a filha da requerente receba os serviços de saúde da mesma maneira que vem recebendo. Como se explicou, o interesse da criança deve ser determinado em cada caso e, no caso em estudo, a situação médica da menor é especialmente delicada e o deslocamento ao município de Sandoná, ou a qualquer outro município que não conte com serviços de saúde, constitui uma grave ameaça a seus direitos fundamentais. 5.12. Dessa conclusão, no entanto, não advém uma sub-regra jurisprudencial que ordene eximir as mães chefe de família de prestar o SSO, tampouco que essa isenção se aplique a todas as mães de filhos portadores de deficiência. A especificidade do serviço social dos profissionais na área da saúde não permite derivar essa norma jurisprudencial das obrigações de proteção supracitadas, nem do princípio de igualdade. (...) Assim, o caráter de encargo e benefício do SSO impede considerar que a isenção é uma resposta constitucionalmente adequada para resolver todas as situações possíveis que envolvam mães chefes de família e menores com deficiência sob sua responsabilidade. Essas situações e, particularmente, o tipo de deficiência e o interesse do menor devem ser analisadas no caso concreto. Com relação ao sorteio como critério de distribuição de vagas, ainda que seja um meio escolhido pelo legislador para um fim legítimo (a divisão de um encargo/benefício em condições de igualdade de oportunidades), não deve impedir que os operadores administrativos e judiciais examinem circunstâncias de vulnerabilidade que, com a aplicação de obrigações constitucionais, se oponham à prestação do SSO. 5.15. Em síntese, a Sala conclui que, ainda que o SSO seja um requisito previsto pelos órgãos competentes para o

exercício da medicina que, a princípio, se ajusta à Constituição Política, no caso concreto e devido às especiais circunstâncias da requerente e sua filha, a aplicação restrita das normas legais sobre o SSO representou a restrição de direitos fundamentais de sujeitos de especial proteção constitucional. A partir dessas considerações, é pertinente referir-se aos acórdãos da decisão e determinar o alcance das medidas a serem adotadas neste caso. 5.16. Em relação aos acórdãos da decisão, faz-se pertinente: A decisão de primeira instância optou por englobar o caso da requerente sob os pressupostos de força maior ou caso fortuito. Não explicou a qual dos dois pressupostos correspondia, mas concluiu, em "benigna hermenêutica", que a requerente poderia encontrar-se em alguma dessas situações. Essa decisão pode ocasionar certa surpresa ao Código Civil e jurisprudência autorizada, basicamente porque a requerente conhecia a condição de sua filha desde que se inscreveu na carreira e a aplicação de tais situações se associa ao imprevisível ou irresistível. Contudo, a decisão pode ser interpretada como uma aplicação análoga que resulta razoável, comportando a eficácia dos mandatos de proteção das pessoas com deficiência. Assim, o juiz constitucional de primeira instância considerou que a requerente se encontrava em uma situação de fato similar àquelas constitutivas de força maior ou caso fortuito: não podia prestar o serviço por uma circunstância que escapa suas possibilidades de autodeterminação, salvo se considerado legítimo exigir-lhes escolher entre o cuidado de sua filha ou a sua carreira profissional, possibilidade inaceitável, pois implica impor a uma pessoa, sujeito de especial proteção constitucional, encargos que não devem afetar o resto da população. 5.17. O fundamento central da decisão de segunda instância consiste em (i) rechaçar a interpretação extensiva ou a aplicação análoga do inciso e do artigo 4º da resolução 1058 de 2010 (a isenção por força maior ou caso fortuito); (ii) ressaltar a importância de cumprir com os requisitos legalmente estabelecidos para o exercício da medicina, e (iii) atribuir à requerente a responsabilidade por ter tomado decisões que a levaram à situação em que hoje ela se encontra. A partir desses pressupostos, segundo o juiz de segunda instância, a requerente devia "ponderar" se era capaz de assumir os requisitos exigentes da carreira de medicina antes de escolher essa profissão. 5.18. No entanto, ponderar significa adotar uma decisão depois de analisar todos os fatores relevantes envolvidos em uma situação concreta, em vez de adotar uma decisão a partir de uma sou razão que, *prima facie*, leve o funcionário (ou a pessoa) até uma resposta determinada. O problema das decisões adotadas apenas com base em uma razão relevante considerada isoladamente, quando tais decisões se baseiam em princípios constitucionais e envolvem direitos fundamentais, é que prima facie, um direito pode sugerir uma resposta incompatível com aquela que sugere outro direito, também considerado prima facie. Por isso, a ponderação é acolhida como método de aplicação de princípios constitucionais, pois permite e obriga o juiz a argumentar com base em todas as razões ou fatores relevantes. 5.19. No julgamento da Sala, a decisão da requerente no momento de exercer seu direito de escolha da profissão é (ou

pode ser concebido como) fruto de uma ponderação na qual não estavam em jogo apenas os requisitos acadêmicos a cumprir para o exercício da medicina, mas também deviam ser considerados outros fatores determinantes no projeto de vida da requerente, entre os quais cabe destacar o interesse de velar pela saúde da sua filha e a necessidade humana de compreender o tipo de deficiência que a afetava. A partir dessa situação vital –tal como o exposto em sua carta de tutela- a requerente buscou o apoio da Faculdade de Medicina da Universidade dos Andes e, a partir daí, foi convidada aos Estados Unidos para fazer parte de um grupo de pais de menores que padeciam da síndrome de Tay Sachs, aspectos que afetaram a sua decisão de escolher a medicina como seu meio de realização profissional. 5.20. A decisão de segunda instância, ainda que respeite e dê plena eficácia às normas que cabem ao legislador e à administração para desenhar e vigiar o cumprimento dos requisitos de uma profissão com incidência social, o que, pelas razões já explicadas, reflete uma preocupação pela garantia dos direitos à saúde e à vida cuja eficácia se vê favorecida pelo SSO, não leva em consideração que nesse assunto estão interesses de duas pessoas cuja especial proteção é prevista pela Constituição Política, uma das quais é titular de direitos predominantes e se encontra em uma condição de absoluta impotência. 5.21. Por conseguinte, observa a Sala que a "ponderação" realizada pela requerente sobre seu destino profissional se ajusta melhor que a decisão judicial de segunda instância com relação ao respeito e garantia de todos os interesses e bens jurídicos envolvidos no assunto estudado. Dessa forma fica claro porque, ainda que os objetivos que vise o SSO são de relevância constitucional, também a proteção de uma menor com deficiência possui relevância em nosso sistema jurídico; e, enquanto os fins buscados pelo SSO não serão vistos gravemente afetados se a requerente prestar o serviço na cidade de Pasto ou se for isento do mesmo, o bem-estar da sua filha, e a continuidade e qualidade do seu direito fundamental à saúde, sim podem ser fortemente afetados no caso da mãe se deslocar para um município onde não exista atendimento adequado para sua filha. 5.22. Nas intervenções das autoridades acionadas se observa a preocupação de que a isenção da prestação do serviço por via jurisprudencial possa afetar o sistema elaborado para a prestação do SSO. Essa preocupação se deriva do caráter precedente das regras contidas nos acórdãos judiciais uma vez que, de acordo com o principio jurídico de igualdade de tratamento, e com respeito à consistência na motivação dos acórdãos judiciais, essa solução deveria aplicar-se a casos similares. Se bem que essa objeção merece ser atendida seriamente pelo juiz de tutela, para a Sala não constitui neste caso um motivo para negar o amparo solicitado pela requerente, primeiramente, porque está fundamentada em mandatos constitucionais de especial proteção a grupos e pessoas vulneráveis; em segundo lugar, porque, como se explicou, a decisão obedece às circunstancias particulares do caso concreto entre as quais cabe destacar o delicado estado de saúde da menor; e finalmente, porque essa suposta afetação pode ser solucionada pelo legislativo, e os órgãos da administração que concorrem no desenho do SSO,

criando um mecanismo que permita levar em consideração as condições de vulnerabilidade e debilidade expressamente manifestadas dos recém-formados em medicina, mecanismo que, como se percebeu ao analisar as características do sorteio de distribuição de vagas, atualmente não existe. Dessa forma, a diferença numérica entre vagas e recém-formados, que atualmente comporta a isenção da prestação do serviço por parte de alguns profissionais, poderia ser manejada de maneira que não somente se leve em conta o princípio de igualdade formal e a proibição de discriminação, mas também a proteção de pessoas vulneráveis. 5.23. Outros aspectos da demanda, como o suposto tratamento inadequado do qual foi vítima a requerente por parte de funcionários do IDSN, a inexistência de instalações adequadas para pessoas com deficiência no instituto, darão lugar a ordens de prevenção, baseadas no princípio de tomada de consciência, que ordena a todos os funcionários levar em consideração a situação das pessoas com deficiência para eliminar as barreiras do entorno da pessoa; no princípio de ajustes razoáveis, e nos mandatos legais e regulamentários que visam adequar as plantas e os edifícios abertos ao público para que sejam acessíveis às pessoas com deficiência. Essa obrigação recebeu base legal com a lei 361 de 1997 e o decreto 1538 de 2005, onde se estabelece, entre outras medidas para assegurar a acessibilidade das pessoas com deficiência, que os edifícios abertos ao público de vários andares que não tenham elevador deverão (i) contar com rampas que respeitem as especificações técnicas e de segurança adequadas em conformidade com a regulação vigente (artigos 47, 48, 52, 53 da Lei 361 de 1997); (ii) permitir "o acesso de cães-guia, cadeiras de roda, bengala e demais elementos o ajudas necessárias, por parte das pessoas que apresentem dificuldades ou limitação para sua mobilidade e deslocamento; (iii) dispor "de sistemas de guias e informação para as pessoas cegas ou com visão comprometida que facilite e agilize seu deslocamento seguro e efetivo". 5.24. É claro que as autoridades acionadas também violaram o direito de petição da requerente ao responder a seu pedido indagando ao IDSN sobre a possibilidade de adiantar o tempo da prestação do serviço, resposta incongruente com seu requerimento, e, portanto, impertinente. A Sala prevenirá o Ministério de Saúde e Proteção Social para que, nos próximos casos, atenda oportuna e seriamente as solicitações dos cidadãos. 5.25. Sobre as supostas irregularidades na distribuição das vagas disponíveis para a realização do SSO na região Sudeste, a Sala estima que não existam elementos de juízo suficientes para adotar uma medida específica. Trata-se, ainda, de um assunto secundário ao problema jurídico levantado ao juiz constitucional pela requerente. 5.26. A pedido da requerente, no sentido de que lhe seja reconhecida uma remuneração econômica pelo tempo que teve que esperar para prestar o SSO, em virtude da conduta das autoridades demandadas, é um assunto de caráter puramente econômico que escapa aos objetivos da ação de tutela, portanto será declarado improcedente. 5.27. A requerente informou que as autoridades acionadas lhe impuseram uma sanção por não apresentar-se à vaga que lhe correspondia pelo sorteio do SSO, em aplicação do parágrafo 3º do artigo 13

da Resolução 1058 de 2010, do Ministério da Proteção Social. Ainda que o registro não repouse no ato administrativo pelo qual se impôs essa sanção, a Sala ordenará às entidades acionadas que, em caso de ter adotado uma decisão nesse sentido, esta deverá ser revogada, pois, de acordo com a disposição normativa citada, tais sanções só procedem quando a pessoa não se apresenta sem "justificativa aceitável". Neste caso, a requerente não se apresentou pela necessidade de cuidar da sua filha portadora de deficiência, o que para a Sala, em virtude das considerações precedentes, constitui sem dúvidas uma justificativa aceitável. 5.28. Pelas razões expostas, a Sala ordenará ao IDSN (i) realizar os trâmites destinados a conceder a requerente uma vaga em um hospital da cidade de Pasto para realizar o SSO. Se ao final de dois meses não tenha sido possível conseguir uma vaga para ela, (ii) o IDSN e o Ministério da Saúde e da Proteção Social deverão isentá-la da prestação do serviço e proceder para a expedição da sua licença profissional. Como expressou, a regulamentação do SSO demonstra incapacidade para analisar situações de relevância constitucional que possam constituir exceções não previstas pelo legislador para a prestação do serviço, mas exigidas pelos princípios constitucionais e particularmente pelos mandatos de especial proteção a grupos vulneráveis. Como essa insuficiência se infere da Resolução No. 1058 de 2010, a Sala exortará o Ministério da Proteção Social para que, no âmbito de suas competências legais e constitucionais, adote uma regulamentação que leve em consideração a situação de grupos e sujeitos vulneráveis como critério de repartição de vagas ou isenção do SSO, ou para que adapte a existente para tal. III. DECISÃO. Com base no exposto, a Primeira Sala de Revisão do Tribunal Constitucional, administrando justiça em nome do povo e por mandato da Constituição, DECIDE: Primeiro.- REVOGAR a sentença de treze (13) de julho de dois mil e onze (2011), proferida pela Sala de Cassação Civil do Supremo Tribunal de Justiça, que revogou o acórdão de primeira instância proferido pela Sala de Decisão Civil do Tribunal Superior do Distrito Judicial de Pasto e negou a proteção constitucional aos direitos fundamentais de Ángela Patricia Recalde e sua filha e, em seu lugar, CONFIRMAR a sentença proferida em primeira instância pela Sala de Decisão Civil do Tribunal Superior do Distrito Judicial de Pasto, na data de nove (09) de junho de dois mil e onze (2011), porque amparou os direitos fundamentais à igualdade e ao trabalho de Ángela Patricia Recalde, e à saúde, à vida, e à proteção especial obrigatória do Estado às pessoas portadoras de deficiência, como sua filha, Alex Mahía Camila Delgado Recalde. Segundo.- ORDENAR ao Instituto de Saúde Departamental de Nariño que realize os trâmites pertinentes para conferir uma vaga na cidade de Pasto para que a requerente realize o Serviço Social Obrigatório. No caso de não ser oferecida a vaga ao término de dois meses, o Instituto de Saúde Departamental de Pasto, em coordenação com o Ministério da Saúde e da Proteção Social, deverão expedir a licença para o exercício da profissão à senhora Ángela Patricia Recalde, ao final de 15 dias, contados a partir do fim dos dois meses previamente mencionados. Terceiro.- ADVERTIR o Instituto Departamental de Saúde de

Nariño sobre sua obrigação de tratar com respeito e consideração as pessoas portadoras de deficiência, e as pessoas que estejam sob sua responsabilidade, e contribuir com a eliminação de barreiras físicas e sociais para a integração das pessoas portadoras de deficiência na comunidade, em conformidade com o estabelecido na lei 361 de 1997, o decreto 1538 de 2005, e os compromissos internacionais firmados pelo Estado colombiano em matéria de acessibilidade a instalações abertas ao público por parte das pessoas com deficiência. Quarto.- PREVINIR o Ministério de Saúde e da Proteção Social para que, nos próximos casos, responda de forma séria e oportuna às solicitações dos cidadãos, em cumprimento ao artigo 23 da Constituição Política. Quinto.- DECLARAR improcedente a tutela, em relação ao pedido da requerente para receber uma remuneração financeira pelo tempo que teve de esperar para exercer o SSO, como garantia do seu mínimo vital, pelas razões expostas anteriormente nos fundamentos. Sexto.- EXORTAR o Ministério de Saúde e da Proteção Social para que adote ou adapte a regulamentação existente em matéria de distribuição de vagas para a prestação do SSO, de maneira que, junto as princípios de igualdade de oportunidades e não discriminação, exista um mecanismo adequado para analisar situações de incompatibilidade com a prestação do serviço por motivos de relevância constitucional. Sétimo.- DEIXAR SEM EFEITO qualquer sanção que o Ministério da Saúde e da Proteção Social e o Instituto Departamental de Saúde de Nariño tenham imposto à senhora Ángela Patricia Recalde por não ter se apresentado à vaga obtida no Hospital Clarita de Sandoná para a prestação do Serviço Social Obrigatório, dado que, como se explicou no considerando 5.27, a conduta da requerente está amparada por uma justificativa constitucionalmente legítima. Oitavo.- Pela Secretaria Geral, emitam-se as comunicações de que trata o artigo 36 do Decreto 2591 de 1991. Copie-se, notifique-se, comunique-se, insira-se na Gazeta do Tribunal Constitucional e cumpra-se.

ORIGINAL

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE*. I. ANTECEDENTES. Ángela Patricia Recalde instauró acción de tutela contra el Ministerio de la Protección Social y el Instituto Departamental de Salud de Nariño (en adelante, IDSN), por considerar que estas entidades vulneraron sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al mínimo vital, y los derechos de su hija a la vida, a la seguridad social, y a la especial protección de las personas con discapacidad. Esa presunta vulneración tendría origen en la negativa de las entidades accionadas a exonerarla de la prestación del servicio social obligatorio o, en su defecto, de adjudicarle una plaza para la realización del mismo en una institución de salud en la ciudad de Pasto, teniendo en cuenta su condición de madre de una niña en condición de discapacidad que requiere atención médica permanente y especializada. (...) II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS. 1. Competencia. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del*

trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991. 2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico. 2.1. La peticionaria, egresada de la facultad de medicina de la Universidad Cooperativa de Colombia (sede Pasto), solicitó al Ministerio de la Protección Social y el IDSN, ser exonerada de la prestación del SSO, argumentando que no puede trasladarse de su lugar de residencia pues se encuentra a cargo de una menor de edad con discapacidad que depende de ella en forma absoluta, y requiere atención permanente y especializada en salud. Como petición alternativa o subsidiaria, requirió le fuera asignada una plaza en la ciudad de Pasto. 2.2. Las autoridades accionadas respondieron negativamente su solicitud, considerando que (i) la prestación del SSO es un requisito legal para el ejercicio de la medicina, que no puede ser omitido en atención a las circunstancias personales de cada interesado; (ii) el requerimiento de la peticionaria fue estudiado por el Comité de Servicio Social Obligatorio del Ministerio de la Protección Social, organismo técnico y consultivo que recomendó no exonerar a la peticionaria del SSO; (iii) la determinación de quiénes son exonerados de la prestación del SSO, cuando no se presentan los supuestos de fuerza mayor o caso fortuito se lleva a cabo por sorteo, tomando en cuenta que la disponibilidad de plazas es inferior al número de egresados en el área de la salud. 2.3. En ese marco, corresponde a la Sala Primera de Revisión determinar si la decisión de las autoridades accionadas, en el sentido de no exonerar a la señora Ángela Patricia Recalde de la prestación del SSO, o ubicarle una plaza en la ciudad de Pasto, comporta una violación a sus derechos fundamentales a la igualdad, el trabajo y la seguridad social; y a los derechos de su hija a la seguridad social, la vida digna y los derechos de los menores con discapacidad, tomando en cuenta que la accionante es mujer cabeza de familia y su hija depende de forma absoluta de ella, debido a que padece una grave enfermedad neurológica de carácter degenerativo, que afecta seriamente sus funciones vitales. 2.4. Metodología de la decisión. Para resolver el problema planteado, la Sala (i) reiterará la jurisprudencia sobre la facultad legislativa de establecer requisitos de idoneidad para el ejercicio de una profesión y la posibilidad de hacerlos más exigentes cuando se trata de carreras que conllevan una responsabilidad social; (ii) el principio de igualdad y su relación con la distribución de bienes escasos y cargas sociales; (iii) el principio de igualdad y la obligación de dar un trato especial a personas vulnerables, destacando (iii.1) el caso de los menores con discapacidad y (iii.2) las mujeres cabeza de familia. En ese marco, (iv) se abordará el estudio del caso concreto. 1. El legislador está facultado para establecer requisitos para el ejercicio de una profesión. En el caso de la medicina, esas condiciones pueden ser más exigentes, debido a la relación entre su ejercicio, la eficacia de diversos derechos fundamentales, y su aptitud para cumplir fines sociales de relevancia constitucional. (...) 1.4. Bajo tales supuestos, el Legislador estableció como condición para el ejercicio de la medicina la prestación de un servicio de carácter social.

Ese requisito, cuya regulación vigente se encuentra en la Ley 1164 de 2007 y la Resolución No. 1058 de 2010 del Ministerio de la Protección Social, posee características especiales que a juicio de la Sala, resultan relevantes para abordar el problema jurídico propuesto: (i) El SSO es un servicio de carácter social por medio del cual el Estado pretende mejorar el acceso a los servicios de salud a poblaciones vulnerables, ubicadas en regiones vulnerables, "estimular una adecuada distribución geográfica del talento humano en salud. || [y] propiciar espacios para el desarrollo personal y profesional del talento humano que inicia su vida laboral en el sector salud"; (ii) dadas sus finalidades, el SSO es ejercido por profesionales, lo que garantiza la calidad en la prestación de los servicios, y de donde se desprende (iii) la decisión del Legislador de garantizar a los egresados una remuneración adecuada, y prestaciones sociales, situación que ha llevado a la Corte a considerar que durante el SSO pueden presentarse los elementos constitutivos del contrato de trabajo. 1.5. El SSO puede cumplirse mediante la participación del egresado en alguna de las siguientes modalidades: (i) planes de salud pública o programas de salud y prevención de enfermedad; (ii) programas dirigidos a poblaciones vulnerables, como población reclusa, desplazados, indígenas, menores en abandono, centros de población a adultos mayores; (iii) programas de investigación en salud en instituciones avaladas por Colciencias; (iv) prestación de servicios profesionales o especializados de salud en IPS que presten servicios de salud a poblaciones deprimidas rurales o urbanas. 1.6. De acuerdo con el artículo 13 de la Resolución No. 1058 de 2010, la selección de los profesionales se realiza mediante sorteo y se orienta por los principios de transparencia e igualdad de condiciones para todos los aspirantes. Dada la infraestructura de la red de instituciones prestadoras de servicios de salud del Estado, actualmente existe un déficit de plazas en relación con el número de egresados interesados en ocuparlas, lo que implica la exclusión de algunos profesionales mediante el citado sorteo. Además, existen otras causales de exoneración legal que se concretan en (i) algunas formas de homologación por estudios o servicios previamente realizados, y (ii) la demostración de circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito. 2. El principio de igualdad y su relación con la distribución de bienes escasos y cargas sociales. Los criterios de distribución de cargas y beneficios son una manifestación del principio de igualdad. Al establecer esos criterios, el Legislador efectúa una diferenciación entre grupos que puede ser legítima si respeta los principios de no discriminación, igualdad de oportunidades, y especial protección para personas o grupos vulnerables. (...) 2.6. Por lo expuesto, no todo trato diferente es reprochable desde el punto de vista constitucional. Un trato diferente basado en razones constitucionalmente legítimas es también legítimo, y un trato diferente que no se apoye en esas razones debe considerarse discriminatorio y, por lo tanto, prohibido. Como lo que define el respeto o violación del principio/derecho a la igualdad son las razones en las que se funda una diferenciación de trato, el análisis de igualdad recibe, en un primer momento, el nombre de juicio de razonabilidad, y consiste en determinar si medidas adoptadas por los órganos

competentes, que suponen una diferenciación entre dos grupos, están apoyadas en razones constitucionalmente legítimas. 2.7. Además, la Corte ha establecido que un trato diferente basado en una razón constitucionalmente legítima puede resultar inconstitucional si restringe desproporcionadamente los derechos fundamentales de una (o de algunas) persona(s). De esa forma, al análisis de igualdad se incorporó también el juicio de proporcionalidad, compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. 2.8. Un escenario en el que la aplicación del principio de igualdad supone importantes retos es el que hace referencia a la distribución de bienes escasos y cargas públicas. En esos escenarios, el legislador, y otras autoridades (como las universidades en ejercicio de su autonomía) han entendido que, junto con criterios objetivos de repartición de beneficios, tales como el mérito y la igualdad de condiciones entre los aspirantes, resulta necesario implantar medidas positivas para corregir la inequitativa distribución de esos bienes originada en circunstancias históricas de discriminación, o en situaciones de marginamiento social y geográfico. 2.9. La Corte ha considerado que la distribución de beneficios y cargas implica una decisión en la que se escoge otorgar o imponer algo a determinadas personas o grupos y, por lo tanto, una distinción, de donde se infiere la relación entre esa distribución y el principio de igualdad. En consecuencia, los criterios a partir de los cuales se realice esa distribución deben (i) respetar el principio de igualdad de oportunidades de todos los interesados; (ii) ser transparentes, (iii) estar predeterminados y (iv) no afectar desproporcionadamente los derechos de algunas personas. Además, (v) deben determinarse en consideración a la naturaleza del bien o la carga a imponer, análisis que, por regla general, corresponde a las ramas legislativa y ejecutiva del poder público. A partir de los mandatos 2º y 3º de la Constitución, la Corporación ha considerado que los sistemas de cupos, o bien, el otorgamiento de un trato preferencial para personas vulnerables o en situación de debilidad manifiesta, son medidas constitucionalmente admisibles siempre que se ajusten a los mandatos de razonabilidad y proporcionalidad. 3. Los menores con discapacidad son titulares de todos los derechos humanos, y en especial, los derechos al desarrollo de sus capacidades, al respeto por su identidad, el derecho a mantener sus relaciones familiares, y a obtener un trato digno y especial, de carácter favorable, por parte de las autoridades públicas. (...) 3.4. El marco normativo constitucional para la protección de las personas con discapacidad se encuentra en los artículos 13 (especialmente incisos 2º y 3º), 47, 54 y 68 de la Constitución Política. De ellos se desprende, de manera amplia, el mandato de adoptar medidas para la promoción, protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad. Esas obligaciones deben ser interpretadas y, en caso de ser necesario, complementadas por normas derivadas de los compromisos asumidos por el Estado en el marco del DIDH frente a las personas con discapacidad. El Estado, además, tiene la obligación de adoptar medidas que permitan el máximo desarrollo de su autonomía, el respeto, protección y garantía de sus derechos fundamentales, la eliminación de las barreras físicas

y sociales que impiden el goce efectivo de los mismos, y dificultan su integración a la sociedad. 3.5. El contenido y la naturaleza de las medidas que, de forma concreta, el Estado debe adoptar, es objeto de discusión en el ámbito de los derechos humanos, debido a que la vulnerabilidad de este grupo poblacional y el tipo de discriminación que la afecta difiere de lo que ocurre con otros grupos sociales, principalmente, por la profunda incomprensión de la sociedad hacia la situación de las personas con discapacidad. (...) 3.7. Los enfoques "social" y "médico" coexisten en el orden jurídico colombiano, aunque con la reciente aprobación de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, inspirada en alto grado en el enfoque social, éste adquiere cada vez mayor fuerza normativa en el orden interno. El segundo, sin embargo, mantiene relevancia para el diseño de políticas de seguridad social, y de atención en salud y educación de la población con discapacidad, lo que explica su permanencia, pese a las debilidades recién mencionadas. 3.8. Desde el enfoque social, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incorpora valiosas herramientas normativas y hermenéuticas para la adopción de medidas y políticas de protección para esa población. Así, el concepto de "ajustes razonables" denota la posibilidad de efectuar los cambios necesarios en la infraestructura y la política pública para adecuar el entorno a las personas con discapacidad sin incurrir en grandes gastos; el "diseño universal" prescribe el desarrollo de productos e instalaciones sea concebido para el uso de todos los grupos poblacionales, independientemente de las diversidades funcionales; y el principio de "toma de conciencia", ordena a que el Estado capacite a sus agentes para la comprensión de la diversidad funcional, y la eliminación de barreras sociales. 3.9. Del marco normativo recién expuesto, relativo a los derechos de los menores con discapacidad, se desprende la obligación estatal de dar un trato preferente a las niñas, niños y adolescentes con discapacidad, y se establecen mandatos y criterios importantes al momento de determinar el interés superior del menor, y el alcance de las medidas de protección específicas a adoptar frente a este grupo poblacional en el que concurren dos condiciones de vulnerabilidad. 4. La Constitución ordena a las autoridades brindar una especial protección a la mujer cabeza de familia. Los ámbitos en que se desarrolla esa protección han sido desarrollados por el Legislador, con el propósito de (i) eliminar patrones históricos de discriminación, (ii) adoptar medidas afirmativas hacia la mujer madre cabeza de familia, y (iii) brindar protección a las personas a su cargo. (...) 4.5. En relación con el SSO, no existe actualmente ninguna norma de carácter legislativo ni jurisprudencial que prevea la exención de la mujer cabeza de familia de su prestación. Para la Sala, si bien corresponde al Congreso de la República avanzar en las medidas de "apoyo especial" para mujeres cabeza de familia, es pertinente indicar que a partir de los fines del SSO no parece desprenderse, de manera evidente, una norma adscrita al artículo 43 que ordene una excepción al SSO para ese grupo poblacional. La razón de esta reflexión parte de la concepción del SSO como un requisito de carácter dual para el ejercicio de la medicina, en tanto comporta una dimensión

de carga (condición para el ejercicio de la profesión), pero también una de bien jurídico (por su relación con el derecho al trabajo ya explicada). En atención a la faceta del SSO que incide positivamente en las condiciones y oportunidades de trabajo de las y los egresados en medicina, no es claro que prever una exoneración para mujeres cabeza de familia sea una medida que las beneficie pues, precisamente, uno de los factores de vulnerabilidad de estas mujeres es la dificultad de incorporarse al mercado laboral. 4.6. En síntesis, el mandato de protección a la mujer cabeza de familia pretende asegurar la igualdad entre los sexos, compensar las cargas sociales que tradicionalmente afrontan las mujeres cabeza de familia, y prodigar medios adecuados de subsistencia a los menores a su cargo. Las medidas concretas de protección han sido desarrolladas por el Legislador y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sin que, hasta el momento, se haya establecido por vía legal o jurisprudencial, la exoneración de prestar el Servicio Social Obligatorio como medida de protección a este grupo poblacional. 5. Del caso concreto. 5.1. La decisión del Ministerio de Protección Social y el IDSN, en el sentido de negar la solicitud de la accionante de ser exonerada de la prestación del SSO, o de ser ubicada en una plaza en la ciudad de Pasto, en principio, se ajusta a la regulación legal y los principios constitucionales relacionados con el ejercicio de la medicina. Sin embargo, le corresponde determinar si en el marco del caso concreto su aplicación puede acarrear un desconocimiento de los derechos fundamentales de la peticionaria. 5.2. En el caso objeto de estúdio es posible concluir que las autoridades accionadas, en efecto, vulneraron los derechos fundamentales de la peticionaria y crearon una amenaza sobre los derechos de su hija menor de edad con discapacidad. Esa carga, en el marco del caso concreto, es una posición inaceptable pues consiste en concebir que la enfermedad de la menor es una barrera para el acceso a la educación y a un puesto de trabajo, y ubica a la peticionaria ante el dilema de perseguir la satisfacción de sus aspiraciones académicas, laborales y familiares (pues operan en beneficio de su propia hija), o brindarle el cuidado y atención requeridos por la menor. A partir de esos presupuestos, en el caso abordado se evidencia que no existe un medio legal y/o reglamentario para analizar situaciones de especial relevancia constitucional que puedan oponerse al cumplimiento del SSO, como la que afecta a la peticionaria y envuelve el bienestar de una menor de edad en condición de debilidad manifiesta. 5.3. El servicio social es un requisito para el ejercicio de la medicina. De forma sucinta, (i) el servicio es prestado por egresados, es decir, por personas que han obtenido el título profesional superando todos los requisitos académicos para el efecto. Por lo tanto, son profesionales idóneos y no estudiantes en práctica; (ii) el carácter social del servicio se manifiesta en la pretensión legislativa de mejorar el acceso a los servicios de salud en poblaciones marginales y/o frente a grupos humanos vulnerables. En ese sentido, constituye una carga impuesta a los profesionales del área de la salud, derivada del principio de solidaridad y justificada a partir de propósitos constitucionalmente legítimos que se cifran en la obtención de beneficios para el sistema de salud, llevando servicios sanitarios

a sectores que enfrentan dificultades de acceso al mismo, y (re)configurando la distribución geográfica de los profesionales en el área de la salud. (iii) Además, los egresados que prestan el servicio reciben una remuneración económica, así como el reconocimiento de prestaciones sociales, por lo que la Corte ha considerado que en el desarrollo del SSO pueden presentarse los elementos del contrato de trabajo (ver, supra, considerando 1.4). Por ello, (iv) si bien es evidente que el SSO tiene incidencia en la formación del médico, es importante reconocer que no se trata propiamente de un requisito académico, dado que las personas que lo prestan ya han superado las pruebas de idoneidad, llevan servicios de calidad a poblaciones que los requieren, y obtienen sus primeros recursos y experiencia derivados del ejercicio profesional. 5.4. Si bien una dimensión constituye, en efecto, una carga derivada del principio de solidaridad social, el SSO posee otra dimensión, estrechamente vinculada a la satisfacción del derecho al trabajo, que lo convierte en un bien de importancia jurídica para esos egresados, pues su desempeño redunda en beneficio de sus condiciones de ingreso a la vida laboral. 5.5. Debido a la infraestructura actual de la red pública de instituciones prestadoras de servicios de salud, el número de plazas disponibles para realizar el SSO es inferior al número de egresados interesados en incorporarse al mismo, lo que confirma que se trata de un bien escaso, cuya distribución debe consultar criterios que no se traduzcan en una restricción desproporcionada de los derechos de algunas de las personas que se presentan con el propósito de ocupar las plazas públicas disponibles. 5.6. Ahora bien, de conformidad con las reglas que informan la prestación del SSO existen dos vías por las cuales una persona puede resultar excluida del mismo: de un lado, se encuentran los presupuestos de fuerza mayor y caso fortuito, cuya previsión por el legislador obedece a la razón evidente de que en esos eventos la persona no puede cumplir el servicio por motivos ajenos a su voluntad. 5.7. De otra parte, como se ha explicado, los interesados se presentan a un sorteo de plazas a partir del cual, el azar define tanto el lugar de prestación del servicio como la exclusión de algunas personas (dada la situación de déficit de plazas ya explicada). 5.8. Observa la Sala, en tal sentido, que el sorteo es apropiado para asegurar que los cupos no sean distribuidos a partir de criterios constitucionalmente inadmisibles, como las recomendaciones personales o las relaciones de amistad entre autoridades e interesados en el SSO; o bien, que no se rechace a determinados profesionales por motivos de sexo, color de piel, ideología, u otros similares. El sorteo no discrimina porque, de manera metafórica, es ciego a la situación personal y las relaciones sociales de los interesados y, por lo tanto, se percibe como adecuado, prima facie, para dar eficacia al principio de igualdad formal y la prohibición de discriminación. 5.9. Sin embargo, esa misma ceguera frente a las circunstancias particulares de los interesados en la prestación del servicio, impide que el sorteo tome en cuenta las condiciones reales o materiales de vulnerabilidad o debilidad manifiesta del aspirante y, por lo tanto, no tiene la misma potencialidad para cumplir con obligaciones de trato especial derivadas del contenido normativo de los incisos 2º y 3º del artículo 13

constitucional. 5.10. Los párrafos precedentes permiten concluir que las dos hipótesis de exención contempladas por el legislador pueden resultar insuficientes para dar respuesta a la situación de personas que, por motivos de relevancia constitucional, argumenten la imposibilidad de prestar el SSO. Como se percibe de las reflexiones recién esbozadas, el azar es, en la regulación actual una razón válida para la exención, pero no ocurre lo mismo, en cambio, con motivos relacionados con el respeto por derechos fundamentales de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta. 5.11. En ese orden de ideas, la Sala concederá el amparo a los derechos fundamentales de la peticionaria y su hija, pues la situación fáctica evidencia la necesidad de mantener unido el núcleo familiar, de una parte; y de asegurar que la hija de la accionante reciba los servicios de salud de la misma manera en que los viene recibiendo. Como se explicó, el interés superior del niño debe determinarse en cada caso y, en el asunto bajo estudio, la situación médica de la menor es especialmente delicada y el desplazamiento al municipio de Sandoná, o a cualquier otro municipio que no cuente con servicios de salud de tercer nivel, constituye una grave amenaza para sus derechos fundamentales. 5.12. De esa conclusión, sin embargo, no se desprende una subregla jurisprudencial que ordene eximir del servicio a las madres cabeza de familia de prestar el SSO, ni aun que esa exoneración se aplique a todas las madres de hijos con discapacidad. La especificidad del servicio social de los profesionales en el área de la salud no permite derivar esa norma jurisprudencial de los mandatos de protección citados, ni del principio de igualdad. (...) Así, el carácter de carga y beneficio del SSO impide considerar que la exoneración es una respuesta constitucionalmente idónea para resolver todas las posibles situaciones que envuelven madres cabeza de familia y menores con discapacidad a su cargo. Esas situaciones y, particularmente, el tipo de discapacidad y el interés superior del menor deberán ser analizadas en el caso concreto. En cuanto al sorteo, como criterio de distribución de cupos, si bien es un medio escogido por el legislador para un fin legítimo (el reparto de una carga/beneficio en condiciones de igualdad de oportunidades), no debe impedir que los operadores administrativos y judiciales examinen circunstancias de vulnerabilidad que, en aplicación de mandatos constitucionales, se opongan a la prestación del SSO. 5.15. En síntesis, la Sala concluye que, si bien el SSO es un requisito previsto por los órganos competentes para el ejercicio de la medicina que, en principio, se ajusta a la Constitución Política, en el caso concreto y debido a las especiales circunstancias de la peticionaria y su hija, la aplicación estricta de las normas legales y reglamentarias sobre el SSO derivó en una restricción de derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional. A partir de esas consideraciones, resulta pertinente hacer referencia a los fallos de instancia y determinar el alcance de las órdenes a adoptar en este trámite. 5.16. En relación con los fallos de instancia, dos breves consideraciones resultan pertinentes: El fallo de primera instancia, decidió subsumir la circunstancia personal de la accionante bajo los supuestos de fuerza mayor o caso fortuito. No explicó a cuál de los dos

supuestos correspondía sino que concluyó, en "benigna hermenéutica", que la peticionaria podría encontrarse en alguna de esas situaciones. Esa decisión puede ocasionar cierta perplejidad a la luz de la forma en que el Código Civil y la jurisprudencia autorizada, básicamente porque la peticionaria conocía la condición de su hija desde que se inscribió en la carrera y la aplicación de tales causales se asocia a lo imprevisible e irresistible. Con todo, su decisión puede interpretarse como una aplicación analógica que resulta razonable, en tanto comporta la eficacia de los mandatos de protección de las personas con discapacidad. Así, el juez constitucional de primera instancia consideró que la peticionaria se encontraba en una situación de hecho similar a aquellas constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito: no podía prestar el servicio por una circunstancia que escapa a sus posibilidades de autodeterminación, salvo si se considera legítimo exigirle escoger entre el cuidado de su hija y su carrera profesional, posibilidad inaceptable, pues implica imponerle a una persona, sujeto de especial protección constitucional, cargas que no debe afrontar el resto de la población. 5.17. El fundamento central del fallo de segunda instancia consiste en (i) rechazar la interpretación extensiva o la aplicación analógica del inciso e del artículo 4º de la resolución 1058 de 2010 (la exención por fuerza mayor o caso fortuito); (ii) resaltar la importancia de cumplir con los requisitos legalmente establecidos para el ejercicio de la medicina, y (iii) atribuir a la peticionaria la responsabilidad por haber tomado decisiones que la llevan a la situación en que hoy se encuentra. A partir de esos presupuestos, sostuvo el juez constitucional de segunda instancia, la peticionaria debió "ponderar" si estaba en capacidad de asumir los exigentes requisitos de la carrera de medicina antes de escoger esa profesión. 5.18. Sin embargo, ponderar significa adoptar una decisión después de analizar todos los factores relevantes envueltos en una situación de hecho concreto, en lugar de adoptar esa decisión a partir de una sola razón que, prima facie, dirige al funcionario (o a la persona) hacia una respuesta determinada. El problema de las decisiones adoptadas sólo con base en una razón relevante considerada aisladamente, cuando tales decisiones se basan en principios constitucionales e involucran la eficacia de derechos fundamentales, es que prima facie, un derecho puede sugerir una respuesta incompatible con aquella que sugiere otro derecho, también considerado prima facie. Por ello, la ponderación es acogida como método de aplicación de principios constitucionales, pues permite y obliga al juez a argumentar con base en todas las razones o factores relevantes. 5.19. A juicio de la Sala, la decisión de la accionante al momento de ejercer su derecho de elección de profesión u oficio es (o puede concebirse como) fruto de una ponderación en la que no sólo estaban en juego los requisitos académicos a cumplir para el ejercicio de la medicina, sino también debían considerarse otros factores determinantes en el plan de vida de la accionante, entre los que cabe destacar el interés de velar por la salud de su hija y la necesidad humana de comprender el tipo de enfermedad que la aquejaba. A partir de esa situación vital –tal como lo expuso en su escrito de tutela- la accionante buscó el apoyo de la Facultad de Medicina de la Universidad de

los Andes y, a partir de ello, fue invitada a los Estados Unidos para incorporarse a un grupo de padres con menores que padecen el síndrome de "Tay Sachs", aspectos que finalmente incidieron en su decisión de elegir la medicina como su medio de realización profesional. 5.20. La decisión de segunda instancia, si bien respeta y da plena eficacia a las normas que facultan al legislador y la administración para diseñar y vigilar el cumplimiento de los requisitos de una profesión con incidencia social lo que, por las razones ya explicadas, refleja una preocupación por la garantía de los derechos a la salud y la vida cuya eficacia se ve favorecida por el SSO, no tomó en cuenta que en este asunto están de por medio intereses de dos personas cuya especial protección está ordenada por la Constitución Política, una de las cuales es titular de derechos prevalentes y se encuentra en una condición de absoluta indefensión. 5.21. En consecuencia, observa la Sala que la "ponderación" realizada por la peticionaria sobre su destino profesional se ajusta mejor que la decisión judicial de segunda instancia al respeto y garantía de todos los intereses y bienes jurídicos involucrados en el asunto que se estudia. Esto resulta claro porque si bien los objetivos que persigue el SSO son de relevancia constitucional, también la protección de una menor de edad con discapacidad posee la mayor relevancia en nuestro orden jurídico; y, mientras los fines que persigue el SSO no se verán gravemente afectados porque la peticionaria preste el servicio en la ciudad de Pasto o sea eximida del mismo, el bienestar de su hija, y las facetas de continuidad y calidad de su derecho fundamental a la salud sí pueden sufrir una intensa afectación en caso de que la madre se desplace a un municipio donde no exista atención en salud adecuada para su hija. 5.22. En las intervenciones de las autoridades accionadas se observa la preocupación de que una exoneración de la prestación del servicio por vía jurisprudencial sí pueda afectar el sistema diseñado para la prestación del SSO. Esa preocupación se deriva del carácter precedencial de las reglas contenidas en los fallos judiciales ya que, de acuerdo con el principio jurídico de igualdad de trato, y con el respeto por la consistencia en la motivación de los fallos judiciales, esta solución debería aplicarse a casos similares. Si bien esa objeción merece ser atendida seriamente por el juez de tutela, para la Sala no constituye en este caso un motivo para negar el amparo solicitado por la peticionaria, en primer término, porque está fundamentada en mandatos constitucionales de especial protección a grupos y personas vulnerables; en segundo lugar, porque, como se explicó, la decisión obedece a las circunstancias particulares del caso concreto entre las que cabe destacar el delicado estado de salud de la menor; y finalmente, porque esa supuesta afectación puede ser solucionada por la rama legislativa, y los órganos de la administración que concurren en el diseño del SSO, creando un mecanismo que permita tomar en cuenta las condiciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta de los egresados en medicina, dispositivo que, como se vio al analizar las características del sorteo de distribución de cupos, actualmente no existe. De esa forma, la diferencia numérica entre plazas y egresados, que actualmente comporta la exoneración de la prestación del servicio por parte de algunos

profesionales, podría ser manejada de manera que no sólo se tome en cuenta el principio de igualdad formal y la prohibición de discriminación, sino también la protección de personas vulnerables. 5.23. Otros aspectos de la demanda, como el supuesto trato displicente del que fue víctima la accionante por parte de funcionarios del IDSN, la inexistencia de instalaciones adecuadas para personas con discapacidad en el instituto, darán lugar a órdenes de prevención, basadas en el principio de toma de conciencia, que ordena a todos los funcionarios tomar en consideración la situación de las personas con discapacidad para eliminar las barreras del entorno de la persona funcionalmente diversa; en el principio de ajustes razonables, y en los mandatos legales y reglamentarios que ordenan adecuar las plantas físicas y los edificios abiertos al público para que sean accesibles a las personas con discapacidad. Esa obligación ha recibido concreción legal y reglamentaria en la ley 361 de 1997 y el decreto 1538 de 2005, en donde se establece, entre otras medidas para asegurar la accesibilidad de las personas con discapacidad, que los edificios abiertos al público de varios niveles que no tengan ascensor deberán (i) contar con rampas que respeten las especificaciones técnicas y de seguridad adecuadas de conformidad con la reglamentación vigente (artículos 47, 48, 52, 53 de la Ley 361 de 1997); (ii) permitir "el acceso de perros guía, sillas de ruedas, bastones y demás elementos o ayudas necesarias, por parte de las personas que presenten dificultad o limitación para su movilidad y desplazamiento; (iii) disponer "de sistemas de guías e información para las personas invidentes o con visión disminuida que facilite y agilice su desplazamiento seguro y efectivo". 5.24. Es claro que también las autoridades accionadas violaron el derecho de petición de la accionante al responder a su solicitud que se indagaría al IDSN sobre la posibilidad de adelantar en el tiempo la prestación del servicio, respuesta incongruente con su requerimiento, y por lo tanto abiertamente impertinente. La Sala prevendrá al Ministerio de Salud y la Protección Social para que, en lo sucesivo, atienda oportuna y seriamente las solicitudes de los ciudadanos. 5.25. Sobre las presuntas irregularidades en el reporte de las plazas disponibles para la realización del SSO en la región suroccidental, la Sala estima que no existen elementos de juicio suficientes para adoptar una medida específica. Se trata, además, de un asunto accesorio al problema jurídico planteado al juez constitucional por la peticionaria. 5.26. La solicitud de la accionante, en el sentido de que le sea reconocida una remuneración económica por el tiempo que ha tenido que esperar para prestar el SSO, en virtud de la conducta de las autoridades demandadas, es un asunto de carácter puramente económico que escapa a los objetivos de la acción de tutela, por lo que será declarada improcedente. 5.27. La peticionaria informó que las autoridades accionadas le impusieron una sanción por no presentarse a la plaza que le correspondió en el sorteo del SSO, en aplicación del parágrafo 3º del artículo 13 de la Resolución 1058 de 2010, del Ministerio de la Protección Social. Si bien en el expediente no reposa el acto administrativo por el cual se impuso esa sanción, la Sala ordenará a las entidades accionadas que, en caso de haber adoptado una decisión en ese sentido, esta

deberá ser revocada pues, de acuerdo con la disposición normativa citada, tales sanciones sólo proceden cuando la persona no se presenta sin "justificación aceptable". En este caso, la accionante no se presentó por la necesidad de cuidar a su hija con discapacidad, lo que para la Sala, en virtud de las consideraciones precedentes, constituye sin lugar a dudas una justificación aceptable. 5.28. Por las razones expuestas, la Sala ordenará al IDSN (i) realizar los trámites destinados a ubicar a la peticionaria en una plaza de un hospital de la ciudad de Pasto para realizar el SSO. Si en el término de dos meses no ha sido posible encontrar un cupo para ella, (ii) el IDSN y el Ministerio de la Salud y la Protección Social deberán exonerarla de la prestación del servicio y proceder a expedir su licencia profesional. Como se ha expresado, la regulación del SSO demuestra incapacidad para analizar situaciones de relevancia constitucional que puedan constituir excepciones no previstas por el legislador para la prestación del servicio, pero exigidas por los principios constitucionales y particularmente por los mandatos de especial protección a grupos vulnerables. Como esa insuficiencia se desprende de la Resolución No. 1058 de 2010, la Sala exhortará al Ministerio de la Protección Social para que, en el marco de sus competencias legales y constitucionales, adopte una regulación que tome en cuenta la situación de grupos y sujetos vulnerables como criterio de repartición de cupos o exoneración del SSO, o para que adapte la existente para tal efecto. III. DECISION. En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política, RESUELVE: Primero.- REVOCAR la sentencia de trece (13) de julio de dos mil once (2011), proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que recovó el fallo de primera instancia proferido por la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto y negó la protección constitucional a los derechos fundamentales de Ángela Patricia Recalde y su hija y, en su lugar, CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia por la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el nueve (09) de junio de dos mil once (2011), en tanto amparó los derechos fundamentales a la igualdad y el trabajo de Ángela Patricia Recalde, y a la salud, la vida, y la especial protección debida por el Estado a las personas con discapacidad de su hija, Alex Mahía Camila Delgado Recalde. Segundo.- ORDENAR al Instituto de Salud Departamental de Nariño que realice los trámites pertinentes para ubicar una plaza en la ciudad de Pasto para que la peticionaria realice el Servicio Social Obligatorio. En caso de no ubicar esa plaza en el término de dos meses, el Instituto de Salud Departamental de Salud de Pasto, en coordinación con el Ministerio de Salud y la Protección Social, deberán expedir la licencia para el ejercicio de la profesión a la señora Ángela Patricia Recalde, en el término de 15 días, contados una vez terminen los dos meses previamente mencionados. Tercero.- ADVERTIR al Instituto Departamental de Salud de Nariño sobre su obligación de tratar con respeto y consideración a las personas en condición de discapacidad, y a las personas que están a su cargo, y de contribuir con la eliminación de barreras

físicas y sociales para la integración de las personas con discapacidad a la comunidad, de conformidad con lo establecido en la ley 361 de 1997, el decreto 1538 de 2005, y los compromisos internacionales adquiridos por el estado colombiano en materia de accesibilidad a instalaciones abiertas al público por parte de las personas con discapacidad. Cuarto.- PREVENIR al Ministerio de Salud y la Protección Social para que, en lo sucesivo responda de forma seria y oportuna las solicitudes de los ciudadanos, en aplicación del artículo 23 de la Constitución Política. Quinto.- DECLARAR improcedente la tutela, en relación con la solicitud de la accionante de recibir una remuneración económica por el tiempo que ha debido esperar para ejercer el SSO, como garantía su mínimo vital, por las razones expuestas en los fundamentos de esta providencia. Sexto.- EXHORTAR al Ministerio de Salud y la Protección Social para que adopte o adapte la regulación existente en materia de distribución de plazas para la prestación del SSO, de manera que, junto con los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación, exista un mecanismo adecuado para analizar situaciones de incompatibilidad con la prestación del servicio por motivos de relevancia constitucional. Séptimo.- DEJAR SIN EFECTO cualquier sanción que el Ministerio de la Salud y la Protección Social y el Instituto Departamental de Salud de Nariño hayan impuesto a la señora Ángela Patricia Recalde por no haberse presentado a la plaza obtenida en el Hospital Clarita de Sandoná para la prestación del Servicio Social Obligatorio, dado que, como se explicó en el considerando 5.27, la conducta de la peticionaria está amparada por una justificación constitucionalmente legítima. Octavo.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.